4



POR

DON IVAN DE VIRVEGA

Zelaya, como marido, y conjunta persona de D. Mariana de la Barreda Figueroa y Guzman, successora, y posseedora de los mayorazgos de Barreda, que vacaron por fin y muerte de Don Pedro de la Barreda Figueroa y Guzman su padre, y administradora de sus frutos, y rentas por el Iuzgado de Quiebras.

CON

Don Pedro de Porres y Toledo, Cauallero de el Orden de Santiago, como successor en el mayorazgo que fundô Don Iuan de Vozmediano.

SOBRE

El censo de 4U. ducados, que pretende tiene el dicho su mayorazgo contra el de Barreda.

Pretension de D.Iuan

1 LA Pretension de Don Iuan es, se emiende, y reforme el auto del Cõsejo de 11. de Iulio de 1666. en q̃ confirmô el dado en este pleito por Don Diego de Truxillo, Iuez de Quiebras, en 26. de Octubre de 1663. y que este se anule, y reuoque en todo, y por todo; especialmente en auer mandado, que en quanto â los acreedores de facultad, por los 4U. ducados, que montô la dote de D. Mariana de Aguirre (muger de Don Pedro de la Barreda) hypotecada al dicho censo con facultad Real, se le haga el pago al dicho mayorazgo de Vozmediano en el sexto lugar, y grado de la dicha sentencia, despues de Martin de Aguirre, y Pedro Trigoso, para en quanto â los frutos corridos, y que corrieren de el mayorazgo de Barreda, en conformidad de la facultad ganada para seguridad de la dicha dote. Y que se ha de absoluer, y dar por libre al dicho mayorazgo, y â D. Mariana, como su legitima posseedora, de la demanda de la parte contraria: dando el asserto censo por inualido, y nulo, imponiendole en caso, que necessario sea perpetuo silencio en su razon. Mem. f. 1. y 36.

2 Y aunque estên deducidos muchos medios por D. Iuan (de que hizo resumen en su vltima peticion) todos eficazes de su intento, y parece de la obligacion de su defensa auerlos de proseguir, en sentencia de Plinio, y Quintiliano, este *declamat. lib. 4. cap. 2.* y aquel en sus epistolas, *lib. 5. epist. 6.* Pero por el halago de la breuedad, Sylua Nupti, verbo *Non est nubendum, in princ. à num. 14. cum seqq.* vbi quod breuitas in dicendo, & scribendo est delectabilis, & quod gaudent breuitate Moderni. Obsequio de- Mem. f. 40. n. 67.

deuido â tan Regio Senado. *Nam quid opus est* (dize Tacito *in dialo. de clar. Orat. cap. 41.*) *longis in Senatu sententijs.* Se reducirân â los siguientes, como mas principales, discurriendose por cada vno lo mas sucinto que se pueda.

El primero, q̃ no ay, ni huuo jamas en este pleito instrumentos originales del dicho censo, ni que se puedan reputar por tales: y que los en êl referidos con otros de los presentados, estân redarguidos de falso, y no comprouados, y estâ conuencida su falsedad.

Segundo, que el dicho censo es inualido, y nulo en su fundacion, particularmente para en quanto â la obligacion del mayorazgo de Barreda, y sus posseedores.

Tercero, que aunque esto no fuesse, como es assi, y suponiendole (sin perjuizio de la verdad) valido, deuen ser absueltos, y dados por libres dêl el mayorazgo, y sus posseedores, por el miedo que estâ prouado por la aspereza, y terrible condicion de Don Pedro de la Barreda en la persona de D. Mariana de Aguirre su muger, y su indotacion, por cuya obligacion se quiere hazer passo al recurso contra el dicho mayorazgo.

Fundamento Primero.

Que no ay, ni huuo jamas en este pleyto instrumentos originales del dicho censo, ni que se puedan reputar por tales: y que los presentados son traslados de traslados viciosos.

3 DEsempeñados nos hallamos ya con el memorial (ajustado con el cuidado, y acierto, que acostumbra D. Gonçalo) en la verdad de

de este hecho, que hemos assegurado siempre contra la molesta porfia de la parte contraria, por quien, assi en sus peticiones, y alegatos, como en las vistas deste pleito, se ha procurado ofuscar, queriẽdo con su altercacion dar â los instrumẽtos presentados la fuerça, y calidad de su deseo.

4 En lo qual està manifiestamente conuencido, pues de el primer original (que es solo el que se llama assi con propriedad) no puede hazer la duda: supuesto que el primer passo deste pleito fue acudir ante vno de los Tenientes desta villa en 22. de Março de 1639. y pedir cõ el supuesto de auersele perdido el dicho original, que auia passado ante Pedro de la Torre, Escriuano del Numero della, se le diesse traslado autoriçado, como se le diô con efecto sacado por Diego de Orozco, succesor en el oficio del dicho Pedro de la Torre (en que dexarêmos lo que auia que dezir) y en su virtud se pidiô la execucion de ciertos reditos. Mem.f.7.

5 A este traslado podia atribuirse la denominacion de original. Mas tampoco ha estado jamas en este pleito: porque quando se pusieron en los autos de la dicha execucion, ya se auia quitado, y retirado dellos, dexando en su lugar otro traslado que se supone auerse sacado dêl por Geronimo Sanchez, Escriuano del dicho Numero, entregãdose del otro la parte contraria, en cuyo nombre se puso â su pie recibo: y todo voluntariamente, de propria autoridad, y sin otra solemnidad alguna, como se aduierte con especial particularidad en el mem. f.8. n.25. Y este es en cuya virtud se hizieron los pedimientos de la parte contraria en este pleito, y sobre q̃ se han actuado todos sus autos, y caìdo las determinaciones de el Iuez de quiebras, y de el Consejo, q̃ se han referido, no pudiendose negar el ser vicioso.

 De

6 De aqui se deriua tan fuerte fundamento à fauor de D.Iuan, que se le puede fiar vnicamente la seguridad de su pretension por ser determinacion canonica, y ciuil, que sin instrumentos originales, y solo por traslados no se puede formar juizio, ni dar sentencia, ni hazerse condenacion en causa alguna por priuilegiada que sea. *Si scripturam athenticam* (dize el texto *in cap.1.de fide instrum.*) *non videmus: ad exemplaria nihil facere possumus.* Lo mismo decide contra el Fisco el *tex.in l.2.ff.eod.tit. Quicumque à Fisco conuenitur* (inquit) *non ex indice, & exemplo alicuius scripturæ, sed ex authentico conueniendus est: ita si contractus fides posit ostendi. Cæterum calumniosam scripturã vim in iudicio obtinere non cõuenit.* Cuya regla, y conclusion exorna tan plenamente Pareja *de instr.edit.tit.1.resol.3.n.3.* q̃ fuera ociosa qualquier otra alegacion, & latê *per tot.§.* A que añade Ciriac. *contr.tom.2.contr.204.n.11. quod verum est nedum si vnus Notarius prout in casu isto, sed etiam quatuor, immo centum attestarentur se vidisse, & auscultasse, & ad verbum scripturam exemplatam fuisse, nisi interueniat iudicis authoritas.* Videndus *à num.9.* quod etiam probat ex alijs pluribus Gaito *de credito cap.3.tit.4.à num.18.* y Burat.*decis.584.num.3.* Quod sufficit ad hoc generalis partis contra instrumentum oppositio, ibi: *Sed impugnabatur, dict. sententia ex deffectu crediti, consequenter, & hypotecæ. Primò, quia lata super simplici copia instrumenti, quæ fidem non meretur præcipue* (vt in hoc casu) *parte opponente, quæ in termino oppossuit generalia, contra, quod sufficit.* Y la razon de todos es, quia copia copiæ, nullam facit fidem, nec probationem, Pareja, & Gaito vbi sup.

Ad exemplaria, & sine instrumentis originalibus non potest esse iudicium, nec ad sententiam deueniri.

7 Sin q̃ importe el auerse sacado del instrumẽto ya vna vez presentado en el pleito, ô juizio: porque tampoco haze fee, ni se puede dar sentencia, ni

ni hazer condenacion en su virtud, sacandose solo por voluntad de quien le presentô, y no interuiniendo, y precediendo citacion, y consentimiento de parte, y auto, y mandato del Iuez como aqui. Latê Scac. *de iudic.lib.2.cap.11.à num.393.* omninô ad hoc videndus *cum seqq.* & enixe, *num.391.* ibi: *Infero tertio, quod iudex non posset ad fauorem producentis ferre sententiam super tenore instrumenti exemplati in actis parte non citata; sed credo quod benè posset eam ferre contra producentem, quia præsumeretur extracta, eo præsente, & consentiente.* Y en el *num.392.* lo amplia como los de arriba, ibi: *Quod nos dicimus esse verum etiam si esset sumptum per tres, aut quator, imò per viginti, aut centum notarios, qui etiam testarentur se vidisse originale sine aliqua macula.* Y q̃ procede aunque aya mandato de Iuez, faltando la citacion, ô consentimiento de la parte, ibi: *Imò procedit etiam si registraretur authoritate Iudicis.* Quod prosequitur, & latius fundat, ibi *à n.629.cum seqq.* & tandem pro multis ita tenet, & docet D. Salgad. *de retent. Bullar. 2.p.cap.30.§.4. num.27.*

Exemplum de sumptum, de instrumento in actis præsentato, absque partis citatione, & mandato iudicis, nullã facit fidem.

§. 2.

Que los dichos instrumentos en el dicho traslado referidos, estàn todos con otros de los presentados, redarguidos de falso, y no comprouados, y està conuencida la falsedad.

8 QVe estân redarguidos, y muy repetidas vezes, es cierto, y se asienta en el mem. la controuersia pâra en si estân, ô no comprouados: en que â toda confiança se afirma que si; por la parte contraria, y con no menor facilidad se halla conuencida, por constar ocularmente no estarlo.

Mem. f.16.núm.17. 24.& 23.

Por-

9 Porque lo que tiene articulado, y dizen tres testigos solos, que deponen en esto, es, *auer conocido à los Escriuanos ante quienes suena auerse otorgado los dichos instrumentos, y que fueron fieles, y legales, y que à sus escrituras siempre se ha dado entera fee, y credito.* Pero no se repara por la parte contraria en que ni por êl en sus preguntas, ni por los dichos testigos en sus deposiciones se passa â calificar que aquellos instrumentos proprios redarguidos son otorgados por los tales Escriuanos, y ser dellos sus firmas, y signos, y los mismos, que siempre vsauan, y tan parecidos, que no parece pueden dexar de ser de los dichos Escriuanos. Sin lo qual, ô sin declaracion de peritos, y cõparacion de letras no es possible poder hazer comprouacion alguna: porq̃ bien puede ser que el Escriuano de quien se suppone otorgado vn instrumento sea muy fiel, y legal, y no auerse otorgado ante êl, ni ser suya la firma, y signo que se suppone. Et non probat hoc esse, quod ab hoc cótingit abesse. Y assi es precisso auerse de guardar esta forma para que se tenga por comprouado el instrumento redarguido de falso, y purgar, y excluir la redarguicion. Optimê Pareja *de instrument. edit. resol. 3. §. 2. num. 34.* ibi: *Sed quoniam vis huius oppositionis in eo consistit, videlicet, quod instrumentum non sit verum, nec à notario, seu tabellione publico confectum, & signatum; comprobatio, seu recognitio ad elidendam hanc oppositionem illa sufficiens à præfatis Doctoribus reputatur,* ⋆ *si testes adducantur, qui præmisso iuramento deponant, quod simile instrumentum confectum fuit, & in publica forma redactum ab eo, qui pro publico tabellione fuit habitus,* ⋆ *& etiam quod eius signum, & subscriptionem agnoscant, quia manus talis notarij, est sibi valde nota, aut etiam per comparationem literarum aliarum scripturarum, ab ipso confectarum, in*

Mem. fol. 22. num. 39.

Instrumenta si de falso redarguantur, qualiter eorum fides comprobanda sit.

in qua sufficient periti, licet tabellionem, nec eius signum, & subscriptionem cognouerint.

10 Podria opponersenos (aunque parece se le passô â la parte contraria en sus alegatos) que los instrumentos tienen por si entre otras presumpciones la de ser verdaderos, y que incumbe al que los redarguye el prouar la falsedad no poniendose la sospecha, ô duda en la calidad del tabelionato, segun la doctrina del señor Couarr. *in pp. q.* 19. *num.* 9. ita rectê intelligens, & declarans, *l.* 116. *tit.* 18. *p.* 3. Sacando de aqui, que no estando prouada por Don Iuan la falsedad, se avrân de tener por no redarguidos los instrumentos.

Instrumenta quæ de falso redarguũtur, quando à redarguente, vel ab ipso producente cõprobari opporteat.

11 Pero esta oposiciõ tiene muchas respuestas: la primera, q̃ no auiendose exhibido, y presentado los originales; no le era possible â D. Iuan tratar de prouar la falsedad de las firmas, y signos q̃ no auia, ni podian reconocerse por vista de ojos de peritos, ni por comparacion de letra, que son los medios de semejante prouança, como expressa, y elegantemente lo aduierte el texto *in cap. accepimus*, 4. *de fide instrumentorum*, in his verbis: *Accepimus literas, quas Abbas Sancti Augustini contra Canturien. Archiepiscopum transmisit.* Et infra: *Cum priuilegia nõ inspecta non valeant argui falsitatis, & difficilè sit, & periculosum ea apud Sed. Apost. exhibere: præcipimus vt, vel exhibeantur eidem Archiepiscopo in claustro prædictorum fratrum, vel in alio loco congruo, & securo, &c.* En que conuiene Açeb. aunque sin alegar el texto *in leg.* 3. *tit.* 5. *lib.* 4. *recop. num.* 20. cuius verba refert Pareja *de instrum. edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. *n.* 41.

Super instrumtis, quæ non producuntur, & exhibẽtur in actis nulla cadere potest comprobatio.

12 Con que estando impossibilitado Don Iuan de semejante prueua por hecho, y culpa de la parte contraria, se deue tener por hecha, y por calificada la redargucion, tradit pulchrê Felin. post Abbas, ibidẽ

Instrumenta quorum redargutio culpa, & facto producentis fieri non potest pro suspectis habentur, & redargutionis comprobatio vti facta reputatur.

in dict. cap. accepimus, *à num.* 14. â quien sigue Sesê *decis.* 60. *num.* 14. Y conduce la conclusion general. Quod impeditus probare facto aduersarij, aut per subtractionem, & ocultationem testium, vel instrumentorum, per inde habetur, ac si suam plenê probasset intentionem. Cuius meminerunt Felin. & cæteri Scrib. *in dict. cap. accepimus*. Et per text. *in l. si de possessione*, 20. *C. de probat.* vbi etiam Scrib. probant latê post Farin. & alios Mastrill. *decis.* 225. *à num.* 1. Guazin. *de defen. reor. defen.* 16. *per tot.*

Impeditus probare facto aduersarij, aut per subtractionē, & ocultationem testium, vel instrumentorum, per inde habetur, ac si suā plenè probasset intentionem.

13 La segunda, porque la parte contraria no pudo (como lo hizo) sacar, y subtraer del plito aquel primero instrumento de que vsô, y en cuya virtud pidiô, y introduxo el juizio con el pretexto de auer dexado la copia, en cuya sombra se han actuado, y proseguido todos estos autos, como està aduertido. Y tuuo precissa obligacion de boluerle, y restituirle al pleito, y mas tratandose de su redarguicion, y auiendose pedido como se pidiô por D. Iuan: porque en este caso, aunque le huuiera sacado con la solemninad de todos los requisitos, tuuiera precissa obligacion de tornarle â exhibir, y presentar, y no solo vna vez, sino muchas, y de otra suerte no se pudiera, ni pudo proceder â sentencia, *cap. Quoniam contra*, 11. *vers. Et sic conscribantur*, *cap. fin. de probat.* Tradunt D. Couarr. *lib.* 2. *pp. cap.* 20. *num.* 7. *vers. Secundò est in hac re adnotandum*, & cum Açeu. *in l.* 3. *tit.* 5. *lib.* 4. *recop.* Cald. *de empt. & vend. cap.* 19. *num.* 56. Cancer. *lib.* 1. *var. cap.* 19. *n.* 26. plenê Scac. *de iudicijs, lib.* 2. *d. cap.* 11. *ex num.* 23. *& à num.* 383. *cum seqq. &* 403. Gaito *de credit. cap.* 2. *tit.* 1. *num.* 117. Pareja *de instrum. edict. tit.* 1. *resol.* 3. *d.* §. 1. *num.* 41. vbi, & verba Açeu. refert. Ni avrâ que dezir que ya nos apartamos del pedimiento de la exhibicion: porque de lo que se hizo apartamiento no fue de la ex-

Instrumētum semel in iudicio productum, nō potest amplius ab ipso producēte reasumi inuito aduersario, sine illiusque citatione, & mandato Iudicis.

Mem. f. 32. vers. Otrosi digo.

Debet iterum ad acta restitui, maximè si de illius agatur redargutione.

D. Iuan no se ha apartado de la redarguciō.

exhibicion, sino de el deuido pronunciamiento en ella pedido, por satisfacion de que no se afectauan por D. Iuan las largas, que con tanto clamor se insinuauan en contrario.

14 La tercera, que por Don Iuan està prouada la falsedad de los dichos instrumentos para su redarguicion, como constarâ del §. siguiente donde toca.

§. 3.

Que està conuencida la falsedad de los dichos instrumentos para la redarguicion.

15 LOs instrumẽtos redarguidos son el poder, que se dize auer otorgado Doña Mariana de Aguirre â Don Pedro de la Barreda su marido, para que la pudiesse obligar al dicho censo ante Pedro de Aguilar, Escriuano Real, la escritura de dote, que el dicho Don Pedro se dize auer otorgado de los dichos 4U. ducados â fauor de la dicha Doña Mariana, ante Iuan de Santillana, Escriuano del numero desta villa, obligãdo, y hypothecando â su paga los frutos, y rentas del mayorazgo, en conformidad de la facultad Real que se supuso tener para ello: la misma llamada facultad: y el asserto traslado de que se sacô el que està en el pleito. De quo iam dictum extat *à num. 5.* Quales instrumentos son los redarguidos en este pleito.

16 Entramos por via de premisso con vna cõclusion assentada, y comun para todos los instrumentos redarguidos, que en las causas ciuiles para quitar la fee, y autoridad â qualquier instrumento, y q̃ se dê por redarguido, bastan indicios, presumpciones, y conjeturas, vt latê ac plurimis congestis probant D. Larrea *alleg. 96. à n. 2.* Noguer. *alleg. 26. à num. 139.* vltra ab ipsis aductos Mastr. *decis. 310.* Falsitas in ciuilibus ad tollendam instrumenti fidem probatur plenè indicijs, præsumptionibus, & coniecturis.

à *num*.7.*lib*.4.Genua *de ſcriptur.priuat.lib*.1.*quæſt*.3.
dubit.1.*num*.1. vbi ait. *Quod hæc eſt firmiſsima iuris*

Et ſufficiunt duo de inuiſibilibus, & extrinſecis, ex inuiſibilibus autem vna.

concluſio. No ſolo ſiendo de las viſibles, en que no ay duda, Noguer. ex quam pluribus vbi ſuprâ *n*.148. Ni en que vna ſola baſtara ſiendo de eſte genero, Surd.*conſ*.173.*n*.73.*lib*.2. ibi: *Quando quidem certum eſt, quod vnicum vitium viſsibile fidem tollit inſtrumẽto, vt poſt Gotofred. Hoſtienſ. & alios dicit. Nat. in conſ*.633.*num*.5.*in fine. Et ponunt DD. in l. fin. C. de edic. diu. Adrian. Tollen. &c*. ſino tambien de las inuiſibles, y que llamamos *ab extra*, vt ex pluribus etiam, & hanc eſſe certiorem, communiorem, & veriorem dicens, Noguer.*dict. alleg*.26.*num*.149. & ab ipſo non relati, Surd.*dict.conſ*.173.*num*.4. Morot.*reſponſ*.17.*num*.2. vbi ait: *Quod hæc opinio in forenſibus recipitur, iuuaturque ratione*, Pareja *de inſtr. edit. tit*.5.*reſol*.3. §.2. *num*.28. Y aunque no ſean *juris*, ſed tantum *Hominis*, Socin. Sen.*conſ*.92.*n*.12. *lib*.4. Menoch.*lib*.1.*præſumpt*.58.*num*.21.*cum ſeqq*. Bargal.*de dolo, lib*.4.*cap*.8.*num*.29. Y deſte genero, dos que ſean baſtan, Crauet.*conſ*.73.& *conſ*.134. *num*.39. Bertaz.*conſ*.91.*num*.31.& *ſeqq*. Tiber. Decian.*conſ*.108.*num*.76. *lib*.2. & *conſ*.32. *num*.4. *ad fin. lib*.3. Federic. Scot. *reſp*.5. *num*.27.*lib*.1. Honde. *conſ*.35.*num*.34.*lib*.1. Cephal.*conſ*.287.*num*.40. & *conſ*.338.*num*.24.*vol*.3. Surd.*dict.conſ*.173. *num*.6. Morot. *d.reſp*.17.*num*.3. Cyriac.*contr*.310. *num*.39. *lib*.3. & *controu*.637.*num*.1. & 2.*lib*.4. Gaito *de credito, cap*.2. *tit*.5. *de libro priuati, à num*.912.*pag. mihi*, 56. & *tit*.7. *de literis cambij à num*.2896.*cum ſeqq. pag*.185. & *cap*.3.*tit*.1.*num*.641. & *à n*.639.*p*.249. Y hazen plena prouança. Maſtrill.*deciſ*.310.*num*. 8. Maſcar. *de probat. conc*.740. *Multæ, n*.45.*lib*.2. Farin.*de Falſ. quæſt*.152. *num*.28. & *conſ*.12. *num*.13. & *conſ*.50.*num*.2. & 8. & *conſ*.80.*n*.39. & *conſ*.108.

num.

num. 10. *& 55. & decis.* 29. *decis.* 92. *num.* 1. *& decis.* 123. *n.* 2. vbi Add. plures alios cumulat dicens: *Esse communem, & quod sine dubio ita in practica seruatur, & decis.* 106. *num.* 2. vbi voluit sufficere etiam leues, de quo disputat Add. ibi, *&* 132. *tom.* 1. *consilior.* D. Larrea *dict. alleg.* 96. *num.* 6. plenè Barbos. *voto* 68. *lib.* 2. *tom.* 1. Parej. *dict.* §. 2. *num.* 27.

17 La razon es, quia in ciuilibus suspicio falsi, pro falsitate habetur ad tollendam instrumenti fidem; Menoch. *de præsumpt. lib.* 1. *quæst.* 99. *num.* 17. *cum seqq.* Mascar. *de probat. conclus.* 739. *In quæstione falsitatis, n.* 4. *& seqq. tom.* 2. Sfor. Odd. *cons.* 78. *n.* 13. *&* 24. *iuncto num.* 37. *& seqq.* vbi dicit *esse communem*, Surd. *dict. cons.* 173. *num.* 1. Morot. *dict. resp.* 17. *num.* 1. Mastrill. *dict. decis.* 310. *num.* 9. *&* 15. D. Larrea *dict. alleg.* 96. *num.* 3. Cyriac. *contr.* 62. *num.* 30. Barbos. sup. & ex copiosa aliorum allegatione paucis ex his relatis, Parej. *dict.* §. 2. *num.* 26. — Falsi suspicio in ciuilibus, pro falsitate habetur.

Circunstancias, y calidades, que todas cõcurren en nuestro caso, y conuienen â cada vno de los dichos instrumentos.

Redargucion del Poder.

18 SVena otorgado este poder por Doña Mariana á Don Pedro, para el efecto dicho de que la obligasse al censo ante Pedro de Aguilera, escriuano real, en 27. de Setiembre de 1625. inserto â la letra en el memorial: Y siendo esta escritura la raiz fundamental de la obligacion que se pretende contra Doña Mariana, pues sin êl no huuiera por donde tenerla obligada. Y estando negado que ella le otorgasse, y no auiendose comprouado el otorgamiento con su firma, y la de el escriuano por la parte contraria, ni auiendose presentado, — Mem. fol. 23

do, y exhibido para que por Don Iuan se pudiesse verificar su falsedad, como se le puede condenar por semejãte poder, conforme lo tan latamẽte fundado? pues para hazer sospechoso al instrumento, y quitarle la fee, basta solo el redarguirle, y negar su otorgamiento no se comprouando por quien se presenta, Noguer. *alleg.* 25. *num.* 253. & *seq.* melius D. Larrea *alleg.* 95. *num.* 22. & 23. vbi quod sufficiet ex huiusmodi cõiecturis, aut suspitionibus dubium reddi instrumentum, vt pro falso habeatur, nec nisi euidentissimis probationibus id poterit excludi, & quod ex eo solum, quod instrumẽtum reddatur dubium pro falso in ciuilibus habendum est.

Instrumentum ex sola falsi redargutione redditur suspectum.

19 De la fecha de este poder, junto con la del censo, que fue en 25. de Nouiembre del mismo año dos meses despues, se arroja vna sospecha, que inclina con vehemencia el animo â la cautela, y dolo de la falsedad: porque si era tan facil que Doña Mariana otorgasse por si misma el censo, como dar el poder para que se otorgasse por ella, y hiziera de la misma manera lo vno que lo otro, pues en tan corta intermission de tiempo no puede considerarse circunstancia de nouedad que no aumente la sospecha, para que pudo ser necessaria esta inuencion, y multiplicacion de escrituras, y superfluidad de actos, sino para la disposicion de la falsedad, y para que Doña Mariana no tuuiesse noticia de semejante censo, y el que le huuiesse de dar se fiasse en que lo queria, vnde ex hac actorum, & scripturarum, multiplicatione, & superfluitate plenê apud omnes in hac specie falsitas probatur, vt cum Menoch. Farin. & Genua. tradit Noguer. *alleg.* 26. *num.* 129. Idem Farin. *de falsit.* (ibi non allegatus) *q.* 162. *num.* 154. vbi plures conuocat, & *tom.* 3. *de pœn. temper. q.* 89. *num.* 119. D. Valenç. *cons.* 62. *num.* 48. Morot.

Falsitas in ciuilibus probatur ex actorum, & scripturarum multiplicatione, & superfluitate.

rot. *resp.* 47. *num.* 15. vers. *Vndecimo*, *& seq.*

20 Ni puede esto excluirse con pretexto de atencion, y decencia en la persona de Doña Mariana, que querria mas otorgar el poder, que assistir por si misma al otorgamiento del censo, ex Farinac. *de falsit. dict. quæst.* 162. *num.* 185. porque no pudo auẽturar mas en el vn acto que en el otro, ni necessitô de mas publicidad. Y porque assi en el asserto poder, como en la escritura del censo ay clausula en que se ofrece que ella misma le ratificarâ, con que la interposicion del poder no se puede atribuir sino â cautela, y falsedad.

21 Otra semejante sospecha se induce de esto mismo: porque hallandose Doña Mariana en esta villa al tiempo que se otorgô el censo, como en el que suena el poder, no era necessario vsar del respecto de lo dicho, ni preuenir con tan alerto cuidado en vna, y otra escritura el que despues de otorgado le huuiesse de ratificar Doña Mariana. Todo lo qual es muy insolito, y desacostumbrado, quando se pueden hallar presentes los que se dize otorgan vn contrato, y lo extraordinario de esta preuẽcion, y lo insolito de este cuidado induce sospecha graue de la falsedad, Farin. *de pœnis temp. dict. q.* 89. *num.* 121. *& de falsit. q.* 153. *num.* 162. *& post. cons. decis.* 132. *num.* 4. vbi bona Add. *litt.* C. D. Larrea *alleg.* 95. *num.* 26. Morot. *respons.* 17. *n.* 34. *respons.* 47. *n.* 3. *& respons.* 99. *num.* 21. **Falsitas probatur ex insolitis, & extraordinarijs.**

22 Tercera sospecha nace de este hecho mismo, confiriendole con su efecto: porque auiendose preuenido la ratificacion de D. Mariana con tanto estudio en el poder, y con tanto aprieto en la escritura del censo, que se forçô â ella con expressa condicion de que *Doña Mariana para mejor fuerça, seguridad, y firmeza de la escritura la huuiesse de apro-* **Mem. fol. 6. num. 73.**

uar

uar, y ratificar dentro de ocho dias primeros siguientes del otorgamiento, en todo, y por todo, segun, y como en ello se contenia sin inouacion alguna. Y no lo haziendo, se pudiesse executar por el principal, y reditos, sin otro recado, y como el dueño del censo quisiere, y mas vtil, y prouechoso le fuesse. Y boluiendo luego â recalcarse: *porque con esta condicion se otorga. Y esta escritura de ratificacion contenida en esta condicion, ha de ser auiendose puesto à la dicha señora Doña Mariana en libertad ante la Iusticia ordinaria, ante quien ha de dezir lo haze de su espontanea voluntad, y jurando la dicha escritura de ratificacion.* Despues de todo este artificio de resguardo, es cierto, y constante por los autos, y se confiessa por la parte contraria en sus peticiones, que jamas se vsô de la condicion, ni se hizo, ni tratô de semejante ratificacion. Lo qual passa de sospecha â euidencia de la falsedad: porque no es creible, ni imaginable que auiendo andado el que diò el cẽso tan ansiado, y receloso de la ratificacion, y su resguardo, y tan cauto en las fuerças para su cumplimiento, y tan escaso en el termino para ella, de repente se mudasse en omiso, y voluntariamente la desechasse, ô se oluidasse de su execucion para siempre; sino que reconociendo la falsedad se hallô imposibilitado de vsar de su cautela, y cõdicion. Y por este no vso, y no auer tratado de su cumplimiẽto se prueua la falsedad del poder en que se quiso fundar la obligacion. Quia ex non vsu, vel contrario vsu instrumenti, eius conuincitur falsitas, Morot. *respons.* 17. *n.* 28. & *respons.* 47. *n.* 13. *respons.* 99. *num.* 36. & 37.

Mem. fol. 18. y 21. B. con otras.

Falsitas probatur ex non vsu pacti positi.

23 De tan grande inuerisimilitud como la referida se saca quarta prueua de la falsedad, y de las mas eficaces, Farin. *de falsit. q.* 153. *num.* 176. & *seq. cons.* 11. *num.* 9. *lib.* 1. & *cons.* 109. *num.* 24. *lib.* 2. vbi ex

Falsitas probatur ex inuerosimilitudine.

ex Nat. *conſ.* 633. *num.* 13. *& ſeqq. Hanc præſumptionem dicit eſſe probabilem, & à iure approbatam, & quod transfert onus probandi contrarium in aduerſarium, & conſ.* 172. *num.* 13. Maſtrill. *deciſ.* 310. *num.* 14. D. Larrea *d. allegat.* 96. *num.* 24.

24 Vltimamente ſe coadjuuan todas eſtas cojecturas, y ſoſpechas referidas con la de no auerſe vſado tampoco en contrario de eſte cenſo, ni tratado de ſu cobrança mientras viuiô Doña Mariana, con efecto, ni con la eficacia, y inſtancia, y ſolerçia, con que ſe empeçô deſpues de ſu muerte: pues aunque parece auerſe pedido execucion contra Don Pedro, y contra Doña Mariana por el año de 1639. y ſe les notificó el eſtado en perſona, y ſe diô ſentencia de remate, y mandamiento de pago, ſe ceſsô, y dexô callado en aquel eſtado ſin hazer otra diligencia alguna por eſpacio de catorce años, haſta primero de Diciembre de 1653. que ya era muerta Doña Mariana: y de eſte detenimiento, y ſubtrahymiento, y de eſta moroſa ſuſpenſion ſe califica por indubitable la falſedad de el inſtrumento ſoſpechoſo, Farin. *de falſit. quæſt.* 153. *num.* 182. *& quæſt.* 162. *num.* 208. *conſ.* 11. *num.* 3. *&* 18. *lib.* 1. & Addi. *ad deciſ.* 76. *poſt conſ. lit.* C. Surd. *conſ.* 173. *num.* 19. *lib.* 2. Giurb. *conſ.* 96. *ſub n.* 21. Moroc. *reſponſ.* 19. *num.* 29. *reſponſ.* 47. *num.* 5. verſ. *Quartò, & ſeq. & num.* 18. latè Genua. *de ſcript. priuat. lib.* 1. *quæſt.* 6. *dub.* 7. *num.* 30, *& ſeqq.* vbi *num.* 32. *Quod hæc eſt receptiſsima concluſio.* Quem cum alijs pluribus allegat, & ſequitur Noguer. *alleg.* 26. *num.* 126. Dom. Larrea *d. alleg.* 96. *num.* 21. La razõ es euidente, porque naide ſe preſume negligente, ni deſperdiciador de ſu hazienda, *l. Cum de indebito,* 25. *de probat. l. Si defunctus, C. arbi. tu.* Maſcard. *de probat. concluſ.* 1903. *Negligentia, num.* 3. Y aſsi el de-

Mem. f. 3. num. 20. f. 8. num. 24.

Mem. f. 8. num. 25.

Falſitas probatur ex taciturnitate, & moroſitate in agendo.

Nemo præſumitur negligens, deſidioſus, & volens iactare ſua.

dexar de hazer la diligencia de su cobro, obra presumcion de falsedad contra su instrumento, Moro. *resp.39. num.34.* ibi: *Quodque tali modo absque vlla causa voluerit iactare suum, leg. Cum de indebito, ff. de probat. ad quem modum falsi suspicionem in casu simili arguit Fulgos. in cons. 151. column. 3. versic. Nam si esset.*

25 Ni se desuanece esto, con decir que ya se hizo, y pidiô la dicha execucion siguiendose hasta el mandamiento de pago: porque de aqui cobra mucho mayor fuerça la sospecha, y todo lo referido, pues con diligencia tan auentajada, subraherse con oluido de catorce años, no pudo ser voluntad sin achaque. Y no sê si le podriamos dezir â la parte contraria, lo que Ciceron â Sexto Neuio, pro Publ. Quintio: *Quis tam dissolutus in re familiari fuisset? quis tam negligens? quis tam tui Sexte dissimilis?* ô lo que el Consulto *in l. Maximè, 29.* ibi: *Nam per iniquum est, eum cui fortè post viginti annos, vel amplius in mentem venit tutelam reposcere, etiam vsuras postulare, ff. de administrat. tutor.*

26 Menos se le podrâ passar la escusa q̃ se ocasiona; alegando por impedimento el concurso de acreedores: porque tambien le auia quando se le antojô salir el año de 1653. y dura hasta oy, y sin embargo ha proseguido su pleito, y se estuuo suspẽso todo el tiempo que callô, y suspẽdiô la prosecucion, y pago de la dicha execucion desde el año de 639. hasta el dicho de 653. Y en la misma forma, q̃ quando se otorgô el dicho censo, segun parece de las condiciones de su misma fundacion; con que se manifiesta que el auer callado, viuiendo Doña Mariana fue reçelar el fin de la llamada execucion (en que tambien se dexâra de reparar lo que estâ alegado) y boluer â ella, querer resucitar al pleito con su muerte.

Mem.f.6.num.18.

Su-

27 Suppuesto pues que solas dos conjecturas de este genero, se tienen en sentencia comun de todos por prueua bastante de la falsedad de el instrumento redarguido, vt suprâ num. 16. & 17. concurriendo aqui tantas de las que se juzgan por mas graues contra vn poder que ni se ha exhibido, ni comprouado, ni consta dêl mas que por vna relacion; muy mas que concluyentemente parece estar prouada su redarguicion.

Redarguzion de la llamada escritura de Dote.

28 HEcho es assentado, que el protocolo de esta llamada escritura, no estâ firmado del escriuano ante quiẽ suena auerse otorgado, que fue Iuan de Santillana, de el numero de esta Villa con fecha de 19. de Enero de 1622. Y que el registro en que parece auerse hallado no estâ signado al principio, ni al fin dêl, aunque en contrario se ha insistido en negarlo tan pesadamente, como lo demas. Mem. f. 9. n. 28. f. 24. num. 45.

29 Esta escritura tiene para resguardo de su falsedad vna nulidad notoria, precisa, y estatuida por ley, de que nos procuraremos desembaraçar con breuedad.

30 Reconocemos por controuertida de derecho comun la question de si es inualida, y nula la escritura cuyo protocolo se halla sin firma, y signo de el escriuano en su registro: pero por derecho de nuestro Reino, cessa del todo la disputa: porque por sus leyes q̃ son la 12. y 13. tit. 5. lib. 4. recop. promulgadas en el año de 1503. estâ ordenado, y estatuido, Que los escriuanos firmen las escrituras, q̃ ante ellos se hizieren, y las signẽ por lo menos en los

Instrumentum ân ob defectum signi, & subscriptionis tabellionis in protocollo, seu registro sit inualidum, & nullũ est de iure communi controuersum.

De iure Regni est prorsus inualidum, & nullum hodie, & ab anno 1503.

los registros al fin de cada vno, y que la escritura, q̃ estuuiere, y se hallare de otra suerte sea inualida, y nula. Esta es la resolucion de estas dos leyes juntas, como precisamente se han de considerar por referirse la vna â la otra. Y para que mejor se pueda percebir pondremos â la letra lo que importa dellas, porque la 13. es muy larga.

Mandamos (dize la 12.) *a todos los Escriuanos de el Numero, y Escriuanos, y Notarios publicos de nuestros Reinos que signen los registros de las escrituras, y contratos que hizieren, y ante ellos passaren, por escusar la dificultad que ai en aueriguar la letra de los registros despues de fallecidos los Escriuanos. Y mandamos que tengã en buen recado los dichos registros, cosidos conforme à la ley siguiente, y que sean obligados en fin de cada vn año de signar los registros, que ouieren hecho en aquel año: lo qual hagan, y cumplan so pena de diez mil marauedis para nuestra Camara, y suspension de el oficio por vn año.*

Esta ley se interpreta, y declara por la siguiẽte, donde expressamente se determina, y ordena q̃ las escrituras que se hallaren de otra suerte sean inualidas, y nulas: Ad fin. ibi:

Mexi. l. 9. n. 28. & 34. num. 35.

So pena que la escritura que de otra manera se diere signada sea en si ninguna, y el Escriuano que la hiziere pierda el oficio, y dende en adelante sea inhabil para auer otro, y sea obligado à pagar à la parte el interesse.

Cuya inualidacion, y nulidad es preciso auer de influir, y entenderse del mismo modo en la solemnidad de la ley antecedente, pues en ella se ordena, y manda se haga conforme â esta. De cuya naturaleza es comunicar su fuerça con las mismas calidades, y reducir vna disposicion â los terminos de la otra, Giurb. *decis. 69. num. 12. & decis. 85. n. 5.* Bar.

Lex, vel dispositio, quæ aliquid secundum aliã fieri iubet, ad ipsius terminos refertur, & vna ex alia suppletur, & intelligitur, vt eodẽ modo disponant.

Barbo. *de Dictio. vsufreq. Dict. iuxta, & Dict, secundum; cum similibus.* Demas que siendo forma dada de nueuo por la ley, siempre su defecto hiziera precissa la nulidad, D. Molin. *de Hisp. primog. lib. 1. cap. 9. num.* 12. vbi quod procedit etiam si ignoranter omittatur, & *lib. 2. cap. 7. à num.* 1. Vela *disert. 21. à num.* 35. *cum seqq.* D. Salg. *de Reg. prot. 4. p. cap.* 13. *n.* 28. & possent in nauseam vsque cumulari, sed in terminis, Surd. *cons.* 187. *n.* 14. *lib.* 2. vbi quod idem procedit in solemnitate inducta per consuetudinẽ.

Formà de nòua legè datæ omissio, ac defectus reddit præcisse actum nullum.

31 Lo mismo estaua dispuesto por la l. 54. tit. 18. part. 3. ibi: *E quando todo esto ouierẽ escrito, deue dexar vn poco de espacio en la carta, è dende ayuso facer, y su signo, è escriuir, y su nome en esta manera: Yo fulano, & c.* Et statim, ibi: *E por ruego, è por mandado dellos escreui esta carta publica, è puse en ella mi signo, è puse en ella mi nome.*

32 Bastaua esta ley para nuestro intento. Y asi lo enseña alli expressamente, y que asi se practica, Gregorio Lopez *glos.* 5. verb. *su signo. in initio*, ibi: *Nota signum esse de substantia instrumenti*: y auiendolo comprouado, y referido la contraria de algunos por derecho comun, se resuelue en lo mismo, ibi: *Vt hic vides in nostro Regno decissum est, quod requiratur per istam legem, & ita seruatur.*

33 Ni es de admitir lo que se ha querido dezir por alguno, de que esta ley 54. no habla en protocolo, sino en el original, que dêl se saca: porque demas de la autoridad de Greg. Lop. se conuence de la misma ley, que manda que junto con el escriuano firmen en la escritura de que alli habla, los testigos de ella, ibi: *E abonda en toda carta publica, que sean dos escriuanos por testigos sin aquel, que face la carta, que escriuan sus nombres en ella.* Et infra: *E los nomes de los testigos deuen ser escritos en fin de la carta, ante q̃ el*

el escriuano publico, que la fizo escriua su nome. Lo qual no es posible conuenga al original, sino solo al protocolo, ni parece se podrâ negar con recto juizio.

Bien, que sobra en nuestro caso: porque aqui, ni ay, ni huuo jamas en los autos semejante original: (como queda acordado) y por tener (como queda assentado) redarguido de falso, y negado estar firmado, del escriuano que suena, el q̃ se suppone auer auido, y auersele entregado por Don Pedro de la Barreda, al mismo que le diò el censo, segun êl proprio lo confiessa, por la misma escritura de su imposicion: Y porq̃ de esto se prueua ô no auerle auido, ô ser falso; pues precissamente auia de parar en poder de la parte contraria, como heredero, y successor del que impuso el censo. Pareja *de instrum. edit. titul. 5. resolut. 15. num. 26. cum seqq. & à num. 24.*

Escritura original de la dote, entregada al mismo, que diò el censo. Mem. f. 6. n. 16.

Instrumentum quod fuit pœnes defunctum, præsumitur perueniste, ad hæredem, illudquè habere,

Y no es verisimil, sino impossible de creer, que teniendole, huuiesse dexado de presentarle, y manifestarle, siendo mejor, y mas facil, que pedir, y sacar el trasl ado, que se quiso sacar. Ni se necessita de mas conuencimiento para su falsedad. Roderic. Suar. *cons.* 1. *num.* 5. Grama. *cons. ciui. 66. num. 15. ad fin.* ibi: *Illam exhibere recusauerit dicendo ipsam perdidisse* (lo qual aun no se ha dicho en este caso) *& non habere pœnes se, prout ex actis apparet: ex quo resultat alia magna suspicio falsitatis.* Garcia *de nobili. glos.* 2. §. 2. *n.* 43. vbi quod *Qui celat priuilegium, aut instrumentum, quod exhibere tenetur committit falsum.* Ex quam pluribus, ab illo adductis. Y ser cierto, lo q̃ contra êl se alega. Iuxta *text. in l.* 2. §. *Diuus, ff. de iure fisc.* Garcia *vbi proximè. num.* 44. Bald. *cons.* 406. *num. 2. ad fin. lib.* 4. Crau. *cons.* 112. *n.* 16. *cons.* 134. *n.* 17. Honde. *cons.* 19. *num.* 30. *vol.* 1. Rauden. *variar. lib.* 1. *cap.* 36. *num.* 3. Parej. *tit.* 5. *resol.* 3. *num.* 65. & 66.

Instrumentum, quod occultatur, & recusatur exhiberi præsumitur falsum, & quod noceat occultãti, & quod sit verum quod contra illud opponitur.

66. melius D. Castill. *tom.8. de alim. cap.20. n.30. cum duobus seqq.* vbi *Quod oritur præsumptio contra eũ qui recusat exhibere, aut edere instrumentum, & quod ei noceat, si enim prodesset non occultaret.* Y que el dezir (si se dixesse) se ha perdido aqui, como el no presentarle, se haze con dolo, y maliciosamente, por no descubrir sus defectos, Bald. *cons.80. num.1. lib.3.* Paris. *cons.67. à num.27. cum seqq. lib.4.* Mascar. *de probat. cons.532. Dolum regulariter, n.156.* Menoch. *de præsumpt. lib.2. præsumpt.91. num.4. & cons.563. num.17.*

34 Ni la replica de parecer injusto que la parte padezca el detrimento de su derecho por la culpa, y negligencia del escriuano. Porque ya la ley ocurre â este perjuicio, condenandole â que sea obligado â pagar â la parte el interes. Y impútese â si mismo el no auer cuidado como deuiô de que el escriuano perficionasse la escritura en toda forma.

35 Sin estas consideraciones (que aunque no las hemos visto discurridas hasta aora, parecen juridicas) pero con muchos fundamentes enseñan, y assientan por cierta esta conclusion, y resolucion en la forma propuesta, *n.3.* strenue, & enixê, Gutierr. *in pract. lib.1. quæst.138. per tot.* (cuyas palabras por auerle oído alegar â fauor de la parte contraria, y por ser precisso auerle de ver en el punto de esta controuersia pusieramos de buena gana si no fuera tan dilatado.) Azeue. *in d.l.13. n.55. & 59.* & illis non relatis, & eruditê consocius, Pareja. *de instrum. edi. tit.1. resol.3. à num.56. cum seqq. & num.60.* ibi: *Ex quibus omnibus in hac conclusione proiectis concludendum est instrumento leuato à protocolo, quod solemnitatibus in d.l.13. adiectis carere apparuerit fidem omninò denegandam ad constituendam probationem dummodo tamen post eius promulgationem confectum fuerit protoco-*

colum, ſiquidem ex eius clauſula finali, toties repetita conſtat tabellionem eſſe puniendum in amiſsione officij, & inſtrumenta ab eo leuata ex protocolo informi carente ſolemnitatibus ibidem enarratis nulla prorſus iudicanda, vt conſtat ex eius verbis, &c. Quod præterea comprobat ex Gratia. ibi adducto. Y hablando en los inſtrumentos de nueſtro Reino tiene eſta miſma opinion con el ſeñor Couarr. Gaito *de credito. cap. 3. tit. 1. num. 388. & ſeq. pag. 232.* Et quod attinet ad ius commune melius quam alius, Surd. *conſ. 187. per tot. lib. 2.*

Falſitas præſumitur, & probatur ex omiſsione ſolemnitatis requiſitæ ad actum.

36 Abſtrahida la nulidad de eſta eſcritura, queda la falſedad, la qual ſin duda ſe verifica para que no prueue, ni ſe pueda hazer caudal alguno della, por el defecto del requiſito de vna ſolemnidad de tanta importancia. Maſcard. *de probat. concluſ. 745. Falſarius. n. 11.* ibi: *Secundò limita, quando in actu ſunt prætermiſſæ, ſolemnitates, quia tunc præſumitur falſitas, to. 2.* Farina. *de falſi. q. 153. num. 191.* dicens: *Decima octaua oritur falſitatis præſumptio ex ſcriptura facta ſine debita ſolemnitate.* Quod cum ex quam pluribus probat. & *conſil. 109. n. 4. & 11.* Vbi quod & ad criminaliter condemnandum. Iul. Clar. *in §. Falſum, n. 28. verſ. Pariter.* Mier. *de maior. p. 1. q. 62.* Noguer. *alleg. 26. n. 129.*

37 Ni obſta que por el miſmo teſtimonio conſte auer otros inſtrumentos tambien ſin firmar, del miſmo eſcriuano, y en el proprio regiſtro. Porque (fuera de que todos padecerân la miſma tacha, y eſtarâu ſugetos â la redargucion) la forma del teſtimonio, es certificar, *que todas las eſcrituras que ay en èl eſtân firmadas con vnas firmas al fin de cada vna de ellas, que dize: Paſsò ante mi Iuan de Santillana; excepto las ſiguientes, &c.* Que ſon en todas trece con la nueſtra, de las quales fuera della, y de vn codicilo

de

de vn licenciado Vicente, de Ayala Salazar, las demas solamente son vnos poderes, y otros consentimientos sobre cosas de poca consideracion; cõ que no se puede, ni deue atender â su supposiciõ, sino â la costumbre, y estilo q̃ tuuo mas ordinario, y continuo, y en las escrituras de mayor importancia optimê in terminis terminantibus. Pet. Surd. *cons*. 187. *n*. 19. *lib*. 2. Tabellionis stylus magis communis, & in scripturis maioris momenti attendendus est.

38 Consta tambien por certificacion de el dicho testimonio, que la primer hoja del abecedario del dicho registro donde està esta escritura, es de letra diferẽte que todas las demas, y que sacada ella lo demas de el dicho abecedario estân metidos vnos pliegos en otros, y que no estân foliadas. Circunstãcias todas que arguyen falsedad. Ex diuersitate literarum, Farina. *de falsi*. *q*. 153. *à num*. 113. De estar apartada esta hoja de los otros pliegos, ibi n. 184. del desordẽ, y descompostura, y no estar los dichos pliegos todos de vn modo, y numerado, Farin. *supr*. *num*. 168. ibi: *Septima falsitatis præsumptio oritur ex eo, quod in vno libro reperiuntur plures quinterni ligati quorum vnus non est similis alteri*. Morot. *resp*. 17. *n*. 37. & 38. Giurb. (in terminis Alphabetici) *cons*. 9. *num*. 21.

Falsitas ex diuersitate litterarum in protocolo, & eius in ordinatione, ac disparitate præsumitur.

Conuençida pues esta escritura, y destruida por su nulidad, y por su falsedad (â que se podrâ añadir lo dicho infra â num. 52.) no ay por donde se pueda pretender obligacion alguna de este censo contra el mayorazgo de Barreda, y sus posseedores.

 Contra

Contra la facultad Real, que se supone auer auido para obligar los frutos del mayorazgo à la seguridad de la pretensa dote.

39 EL ser muchos los instrumentos redarguidos, no excluye su falsedad, antes se presume, y califica mas con la misma pluralidad; vt sup. n. 18.

Facultas Regia sicut aliud quodlibet Regiũ rescriptum, aut Pontificium, iure optimo redargui de falso potest, & si redarguatur debet comprobari.

Està redarguida aquesta facultad Real; que este titulo, ni exime de que en êl se cometa falsedad, ni excluye la redargucion: y confessamos auer costado algun dissimulo el no incurrir en lo que el Iurisconsulto Celso (aunque se le tuuo â bien) *in l. sed an vltro*, 10. §. 1. vers. *Sed istam sententiam Celsum eleganter, ff. de neg. gest.* oyendo al Abogado contrario en vna de las vistas deste pleito, que podia ser materia de vna multa, semejante redargucion. Como si fuera justo que donde puede ser mayor el daño, no estuuiesse preuenido el remedio. O fuesse solo para las vozes el que dâ el derecho. Con que podria tildar *el cap. Ad falsariorum*, 7. *de crim. fal.* con lo sangriento de sus penas, lo que jũta alli la Colectanea, y Farin. *de falsi. q.* 151. â que corresponde la *ley 60. in prin. tit.* 6. *p.* 1. *l.* 1. *ad fin.* vers. *La catorcena, tit.* 2. *l.* 6. vers. *Pero qualquier, tit.* 6. *p.* 7. con otros mil, que siruieran de nada. Mas facil le huuiera sido tratar de que se comprouasse: esto no se ha hecho; està redarguido, y negado con todos los demas instrumentos, y assi tampoco podrâ tener estimacion alguna. Aunque nos importara siempre muy poco ella por si sola, faltando la obligacion.

40 Pero en esta llamada facultad se conuence tan claramente la falsedad de su inspeccion misma, que no necessita de otra comprouacion. Porque siẽdo precisso de derecho, y inuiolable estilo, que para

ra auerse de dar semejante facultad ayan de preceder las diligencias de su justificacion; cometiendose â la Iusticia Ordinaria que las haga, y con su parecer las remita â la Camara, para proueer lo que conuẽga, y que todo ello se haga con citacion del immediato, ad tradita per D. Molin. *de Hisp. lib. 4. cap. 3. num. 5.* & est notum lippis (vt aiunt) & tonsoribus: Nada de esto se hizo, ni precediô para esta llamada facultad, porque de los autos no consta; con que se prueua no auerse hecho, ni precedido, *l. Titia textores, 36. ff. de lega. 1. cap. cum ad Sedem, de restit. spolia. cum similib.* por ser cierto que estas solemnidades extrinsecas no se presumen, quantumcunque per alia instrumenta interueniri possent, *l. quacumque, 13. §. 1. ff. de pub. in rem. acti. l. sciẽdum, 29. ff. de verb. oblig. l. filius, C. de pet. hared.* Ant. Gom. *tom. 2. variar. cap. 11. à n. 17.* vbi plura cumulat, & eius nouissim. Additio. *num. 18.* Garcia *de nobilit. glos. 4. à num. 32.* Marescot. *lib. 1. var. cap. 13. à num. 1.* latê Felician. *de censi. lib. 2. cap. 2. num. 23. col. 3. & seqq.* Garcia *de benefic. p. 12. cap. 2. §. 1. à num. 123. cum seqq. & à n. 120.* Caualc. *decis. 46. à num. 15. & per tot. p. 1.* D. Larrea *alleg. 107. num. 14.* Fab. Capyc. Galeot. *lib. 2. controu. 38. per tot.* & sine his præter, Ant. Gom. quem etiam alij allegant. Pareja *de instrum. edit. tit. 1. resol. 3. à n. 52.* Molin. *de Hisp. primog. lib. 2. cap. 6. num. 74.* vbi contrarium ex immemoriali tantum præscriptione admittit. Cui eius Add. plures cumulant, affirmantes, quod hoc fori praxis admittit. Concinit Otero *de pascu. cap. 11. à num. 12. ad 21.* vbi quod hæc multo magis procedunt, quotiescũque (vt in præsenti) ius alienationi resistit, vel magnum interuenit tertij præiuditium, & alias prosequitur extensiones. Cyriac. *controu. 111. à num. 2. & per tot.* Burat. *decis. 120. num. 5.* ibi: *Secundò cum non legatur in instrumento*

Facultas Regia, vt si valida debet impetrari cum citatione sequentis successoris, & adhibitis alijs omnibus requisitis solemnitatibus quæ in cæteris adhiberi solent, & in ista de quã agitur non interfuerũt.

Solemnitates extrinsecæ non præsumuntur, nisi probẽtur, & ex inspectione actorum earũ deffectus verificatur.

to interpositio decreti iudicis; probatur illius deffectus, & sic solemnitatis, &c. Lo qual es mucho mas cierto quando (como en la llamada facultad) no se enũcian, y mencionan. Optimè Ferent. *ad dict. decis.* 120. *lit. B.* inquiens: *Solemnitatis deffectus probatur, ex quo non sit enuntiata in instrumento in quo interuenire debet. Vt vltra hic allegatos sequendo hanc decisionem dixit Rota in Romana, fideicommissi.* 15. *Nouembris* 1624. *coram bon. mem. Remboldo, quia regulariter negatiua probatur ex inspectione, & reuolutione actorum, Rot. decis.* 611. *num.* 2. *p.* 1. & *decis.* 455. *num.* 4. *p.* 2. *recent. & in alijs sæpè.* Aunque ni esto solo bastarà. Oter. *supr. n.* 17. ex Auendañ. *de censib. cap.* 83. *ex n.* 3. *cum seqq.*

Falsitas, dolus, & subreptio probatur ex eo solum, quod solemnitates ad actum requisitæ non fuerant in eo adhibitæ.

Y quando en el acto, facultad, priuilegio, ô rescripto, no interuienẽ, ni se hallan las solemnidades, circunstancias, y diligencias, que se acostumbrã, se tiene, y condena por falso, y sospechoso, y obtenido por engaño, y dolo, Mascard. *de probat. conclus.* 532. *dolum, num.* 18. Farinac. *tom.* 3. *crimin. q.* 89. *à num.* 88. *cum seqq.* vbi *Quod hæc præsumptio dicitur iuris, & de iure, & sic probationem in contrarium non admittit*, Giurb. *de feud.* §. 2. *glos.* 3. *num.* 127. como por solo no dezirse, ni mencionarse en la dicha llamada facultad; siendo assimismo assentado vso, y estilo el referirse en todas, y en esta se hiziera si las huuiera auido, & ex hoc, aperte probatur falsitas, scilicêt, quoties in rescripto, aut Regia facultate solitæ defficiunt clausulæ quibus cum expediri solent, plenè Mascard. *de probat. conclus.* 1275. *per tot. maximè à num.* 3. *cum seqq.* & *num.* 14. *tom.* 3. D. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 4. *cap.* 11. *num.* 68. ibi: *Facultates namque nostri temporis ex harum clausularum omissione de falsitate suspectæ censendæ erunt, nisi id ex Principis deliberata voluntate concessum fuisse compertũ fuerit:*

Falsitas, & subreptio in facultate Regia, aut rescripto probatur ex eo, quod in eis deficiant clausulæ solitæ cũ quibus expediri asueuerũt.

rit: cum ea rescripta, quæ à communi stylo deuiant, de falsitate suspecta esse censeantur, vt ex pluribus probat Felin. in cap. 2. num. 16. cum seq. de rescript.

Fundamento Segundo.

Que el dicho censo es inualido, y nulo en su fundacion: particularmente para en quanto a la obligacion del mayorazgo de Barreda, y sus posseedores.

DExando lo alegado para la primera parte de este fundamento (porque no nos importa tanto, aunque no parece desestimable) nos entraremos â la segunda, que es la que propriamente toca al mayorazgo.

41 No està impuesto este censo derechamente contra el mayorazgo, y sus bienes; en que se ha tomado repetida equiuocacion la parte contraria en sus alegaciones, niem. f. 18. ibi: *Lo otro, porque es incierto dezir, que no se cargò el dicho censo sobre los mayorazgos*. Y en otra del mismo fol. n. 38. ibi: *Lo otro, porque mi parte tiene vna escritura de censo en su fauor de quatro mil ducados de principal, la qual està impuesta sobre los mayorazgos que possee la parte contraria, con facultad Real, que para ello huuo*. otro engaño fol. 29. ibi: *Lo otro, porque de el censo, y su fundacion consta se impuso sobre los dichos mayorazgos*; y en otras partes) sino contra los bienes de Don Pedro, y Doña Mariana: y supponiendo tener la escritura de los 4U. ducados de dote referida, y auer obligado â su resguardo los frutos de el dicho mayorazgo en virtud de la llamada facultad real, se recurre contra ellos como deudor de deudor.

El censo no està impuest[o] d[e]rech[a]mente co[n] [illegible] [mayor]azgo, ni facultad [illegible] para est[o]

42 No necessitamos para exclusion de esta

pretension de mas defensa que la de la misma asser ta facultad: aunque nos la complica, y fortifica la cōformidad con ella del proprio q̃ ofreciô el censo, y la expressa calidad y condicion con que diô forma â su obligacion, siruiendo el mismo de autor, y abonador de sus hypothecas.

Facultad Real. 43 La asserta facultad dize estas palabras: *Damos licencia à vos D. Pedro de la Barreda y Figueroa, para que obligando primeramente à la restitucion, y paga de la dicha dote los bienes, que aora teneis, ò adelāte tuuieredes, por si aquellos no bastaren, &c.* Et inferius ibi: *Y à falta de bienes libres podais hazer la dicha obligacion.* Y con esta misma calidad fue la suplica, ibi: *Fuessemos seruidos de concederos facultad nuestra para que à falta de bienes libres.* No era necessario, ex D. Molin. *de Hisp. lib. 4. cap. 7. num. 1. &* 2. D. Casti. *tom. 7. de tertijs, cap. 41. num. 201. & tom. 8. de alimen. cap. 36. §. 1. num. 14.* D. Salg. *de concurs. 2. p. cap. 4. n. 61. & cap. 5. num. 16.* Pero quita toda duda. Con que solamente la puede auer en si huuo bienes libres al tiempo de la fundacion del censo, y si bastara que entonces los huuiesse, aunque despues faltassen.

Mem. f. 11.

Facultas ad obliganda bona maioratus fuit ex presse, & intelligitur semper sub conditione bonis liberis non extātibus.

§. I.

Que huuo al tiempo de la fundacion los bienes libres que en ella se refieren: y que basta auerlos auido entonces.

Mem. f. 4. 44 EN quanto â lo primero tenemos muy poco que hazer: porque consta â vista de ojos de los insertos en la misma escritura de censo, que montā mucho mayor suma, y cantidad, sin que se nos pueda negar, ni importe se niegue por la parte contraria. Porque quien propuso en juizio

la

la relacion de los dichos bienes, quien pidiô que sobre ellos se impusiesse el censo, afirmando serle de mucha conueniencia, abonandolos por muy bastãtes, y assegurãdo ser todos proprios de D. Pedro de la Barreda, no fue êl, sino el mismo que diô el dicho censo, y de quien deriua su derecho la parte contraria. De que resulta vna prouança inuencible, y â q̃ no se puede contrauenir, por ser confessiõ propria hecha en pedimiento judicial. Iuxta receptissimã ab omnibus sententiam per text. *in l. cum prècum, 9. C. de liber. causa.* vbi Scrib. Surd. *decis.* 10. *num.* 12. & *decis.* 326. *num.* 28. latiûs *decis.* 336. *num.* 6. *cum alijs*, Caualc. *decis.* 28. *n.* 2. *lib.* 5. Franch. *decis.* 60. *n.* 19. Rot. 2. *p. diuers. decis.* 302. & *decis.* 1160. *n.* 7. & 8. *lib.* 3. *p.* 3. Farin. *decis.* 522. *num.* 2. & *decis.* 657. *num.* 5. *p.* 2. Mastrill. *decis.* 149. *num.* 16. & *decis.* 179. *num.* 19. D. Franc. Hier. de Leon *decis.* 212. *tom.* 2. Burat. *decis.* 183. *num.* 9. & *seqq. lib.* 1. & *decis.* 473. *n.* 7. & *decis.* 481. *num.* 9. *lib.* 2. donde dize, que el valor del beneficio se prueua de la confessiõ hecha en la suplica, ô peticion. De quo Garcia *de benef. p.* 5. *cap.* 3. *à n.* 201. *cum seqq.* Idem Burat. *decis.* 747. *num.* 2. *d. lib.* 2. Vbi in reseruatione Mascard. *de probat. concl.* 347. *num.* 26. & *concl.* 348. *n.* 48. vbi Additionat. Tusch. *tom.* 2. *conclus.* 646. *à num.* 1. Greg. Lopez *in l.* 2. *tit.* 13. *part.* 3. *glos.* 2. *limi.* 4. Ant. Gabr. *comun. conclus. lib.* 1. *tit. de confes. conclus.* 4. *per tot.* Marc. Ant. Macerat. *lib.* 2. *variar. resol.* 11. *à num.* 49. Scac. *de appellat. lib.* 3. *q.* 17. *limit.* 34. *n.* 10. & *limit.* 39. Honded. *consult.* 52. *num.* 29. & 30. *vol.* 2. Menoch. plures referens *cons.* 199. *num.* 14. *lib.* 1. & 393. *num.* 61. *cum seqq. lib.* 4. Guido Pancirol. *cons.* 13. *num.* 1. Ioseph Ramon *cons.* 99. Hector Felicius *alleg.* 5. *in prin. num.* 1. D. Valenç. Velazq. *cons.* 169. *à num.* 81. vbi quod huiusmodi confessio prodest absenti, & etiam in alio iudi-

Mem. vbi suprà.

Confessiô facta in precibus Principi oblatis, seu iudici in libello probat plenè cõtra impetrantem, seu producentem.

dicio contra confitentem. De quo Bald. *cons.* 1. *n.* 1. vers. *Opponitur, lib.* 4. *cum seqq.* lo qual procede aunque sea en otro juizio, vt expressê cauetur *per text. in l. iubemus,* 41. *C. de lib. caus.* vbi glo. Purpurat. qui latê prosequitur *in l.* 2. *n.* 141. *C. de eden.* D. Valenz. vbi supr. *num.* 84. Cyriac. *controu.* 192. *num.* 19. *lib.* 1. Gaito *de credit. cap.* 2. *tit.* 1. *n.* 340. & *seq.* Fermosin. *cap. examinata,* 15. *de iudic. q.* 10. *à n.* 3. *lib.* 1. *pag.* 411. Anton. Gomez *tom.* 2. *vár. cap.* 12. *num.* 4. vers. *Confirmatur,* vbi Modern. *num.* 5. allegat D. Larream, & alios plures.

Todos los quales hablan indiuidual y puntualmente de confession, hecha en peticion presentada ante el Iuez, ô en suplica al Principe; ampliãdolo, y estendiendolo de muchas suertes en sus casos, y q̃ procede no solo quando el pedimiento contiene el hecho por palabras dispositiuas, y afirmatiuas, como en este caso, sino aunque fueran solamente narratiuas, ô enunciatiuas.

El memorial de los bienes libres, que se hypothecarõ al censo por D. Pedro de la Barreda, y su valor, y la informaciõ de ser proprios del dicho D. Pedro, y de como era vtil que se fundasse sobre ellos, se hizo, y pidiò, no por don Pedro, sino por el mismo que diò el censo.
Mem. f. 5. n. 10. y 11.

45 Pero aqui passa mucho mas â delante, porque pidiò êl mismo que se le recibiesse informacion de la vtilidad, y prouecho que se le seguia del dicho empleo, y subrrogacion en la imposicion del dicho censo, y hypothecas, y por el Teniente se le mandô dar: de que nace otra geminada confession, contra quien ganô el auto en que se mandô. Alex. Ludou. *decis.* 555. *n.* 9. Burat. *decis.* 239. *n.* 9. *lib.* 1.

d. f. 5. n. 13.

46 No parô en esto, sino como se asienta en el memorial: El dicho D. Pedro de Porres diô la dicha informacion con quatro testigos, que deponen con juramento: *Conocer à los contrayentes, y tener noticia de todos los bienes expressados en el pedimiẽto, por auerlo visto, y saben* (aqui) *que todos ellos son del dicho Don Pedro de la Barreda, y su muger, y que los gozan, y possèen como tales, y que valen las cantidades contenidas en*

en la memoria, con q̃ el dicho censo de 415. ducados, y sus reditos estaràn ciertos, y seguros sobre los dichos bienes, y que en ninguna otra cosa se podrà emplear mejor, porq̃ excepto las cargas, que refiere el dicho pedimiento tener los dichos bienes, los demas son libres de vinculo, dotaciõ, y mayorazgo, y de otra qualquier carga, porque no la tienen.

47 Esto ofreciô prouar, y prueua plenamente el dador del censo cõ los dichos quatro testigos por êl presentados: pues si el dicho de vno solo haze plena prouança contra producentem, deponiendo contra lo que pretendia el que le presentô, aunque sea solamente de oîdas, ô credulidad. Combinaciones seguras, apud omnes ex Farina. *de testib. q.62. à num. 226.* Noguer. *alleg. 24. n. 114. alleg. 29. num. 8.* & latiùs *alleg. 32. à num. 92.* Què prouança no haràn quatro testigos que concluyentemente prueuan lo mismo, que quiso prouar aquel que los presentò?

Testis vnicus probat plenè contra producẽtem, licet de auditu tãtum, aut credulitate deponat.

48 De que en terminos terminãtes està resuelto con razon (y parece se auiua con la ponderacion de arriba) que de la presentacion de la prouança resulta inuencible prueua de propria confession, contra el q̃ la presenta, Gaito *de cred. cap. 2. tit. 1. à n. 338. pa. 21.* Y siendo como es cierto que de las posiciones resulta confession irretractable de lo que contienen contra el que las haze, y aun de los articulos, ô interrogatorios (si bien no tã eficaz) Felin. & alij, *in cap. examinata, 15. de iud.* Anto. Gab. *com. opin. lib. 1. tit. de confes. d. conc. 4. num. 24. & 25.* Alex. Ludo. *decis. 143. num. 1.* ibi: *Et clarum est, quod expositione resultat explicita ponentis confessio*, iunct. Add. ibi *n. 4. & decis. 408. num. 1.* ibi: *Adest clara, & explicita confessio partis aduersæ in positionibus per ipsum datis, quæ confessio facta in positionibus plenè probat, & præiudicat ponenti*, Burat. *decis. 564. à n. 10.* vbi (quod plus est)

Cõfessio ex probationum productione resultans probat plenè aduersus producẽtem, & cui illas pro se fecit.

Idem in confessione, quæ expositionibus resultans aduersus eas ponentem.

est) in positionibus per procuratorem datis, *& decis.600. à num.10.* vbi in articulis. Et est glos. ab omnibus approbata, *in cap.1. de confessis*, verbo *statuimus*, versic. *Habuit autem, lib.6.* Mascar. *de probat. concl.368. confessio n.16.* Anton. Gomez *tom.3. var. cap.12. n.4.* versic. *Et idem est in his, quæ quis ponit*, Paz *in prax. tom.1. part.1. temp.8. num.87. & seqq.* Precisso es que vna posicion tan assertiua, vna assercion tan deliberada como la del dicho pedimiento, que se propuso al Iuez por verdad, y sobre cuya verificacion se hizo la dicha prouança, se aya de tener por infalible del hecho propuesto con todas sus circunstancias, y calidades.

Confessio resultans ex productione actorum, siue instrumentorum censetur approbata, & ratificata per vsum ilorum ab eo qui illis vtitur.

49 Mas aun se haze mas indubitable, con el hecho mismo de vsar de la escritura en que está inserta la confession, y prueua referida, y pedir en su virtud; no solo porque con esto se halla de nueuo aprouada, y ratificada la primera. Optimê Roman. *cons.23. Nescio quid. sub num.1.* ibi: *Clarè enim constat dictum Raph. fore ciuem ferrarien. cum pars aduersa hoc aserat in libello, C. de lib. cau. l. cum precum, de cuius intellectu per Bar. C. qui accus. non pos. l. si magnum, ff. fam. ercis. l. qui familiæ, & hoc maximè procedit quia dictus libellus reproductus fuit in iudicio agitato cum dic. D. Marc. per quam reproductionem videtur reproducens omnia ibi contenta fateri vera esse secundũ Innocen. extra de excep. cũ venerabilis, & plenè per Bal. C. de his qui, vt indig. l. alio, & hoc de primo*, Roder. Suar. *alleg.27. num.4. in prin.* & versic. *Nec obstat.*

Confessio resultans ex instrumentorum productione, seu præsentatione, & ex petitione illorũ virtute facta, ita probat aduersus petentem, seu producentem, vt nullo facto aduersus huiusmodi confessionem, venire, nec audiri possit.

Como porque de sola la presentacion de la escritura, y de solo pedir en su virtud es visto confessar, y afirmar todo lo que en si contiene, con tal genero de fuerça, y prouança, que no se puede impugnar por quien la presenta, y vsa della, aunque hiziera protesta (que aqui no la ay) en la mas cierta opinion.

Es

Es tan comun esta conclusion, y tan tocada, y assentada; q̃ ni es necessario, ni fuera facil exornarla con todos los que la tratan, y se pudiera atribuir â ociosidad, supliendo (como lo instruye el docto Neuizan. *en su Sylua, lib. 6. num. 58. pag. mihi 596. versic.* *Et inter Iuristas; nouissimos libentius allegaui non pro authoritate; quia fons non riuuli esset adducendus, cap. ieiunium, el 2. lxxvj. dist. Augustinius in scrutinio consiliorum char. xl. ix: sed hoc feci studio breuitatis: quia per hos riuulos fontes possumus inuenire de facili, qui ad eos nos ducant, cum moderniores antiquos referant*, con Gaito (que parece en esto el mas moderno, y copioso) *de cred. cap. 2. tit. 8. num. 2652. cum multis seqq.* vbi latê, & copiosê materiam prosequitur.

50 Siendo la parte contraria successor del mismo q̃ diô el censo, y fundandose en su derecho por los mismos autos, no solo no puede impugnar, y cõtradecir la confessiõ del antecessor, producida de ellos, sino que le perjudica obligandole â que precissamente aya de estâr, y passar por ella, Tusch. *lit. C. conclus. 646. num. 5.* Alex. Ludou. *decis. 13. num. 2.* Y es regular en qualquier confession, idem *decis. 142. num. 1.* Bura. *decis. 143. num. 7. & decis. 733. num. 5.* Pero aqui tambien estâ la parte contraria obligada de su misma confession, y proprio hecho vsando de la dicha escritura, y sus autos, y pidiendo en su virtud, ex suprâ dictis.

Idem in hærede, vel successore producẽtis.

Cõfessio quælibet antecessoris, adstringit eodem modo hæredem, vel successorem quemcumque, qui iure illius iuuatur.

51 Finalmente esta confession, y prouança estâ insita, y mixta en el vientre mismo de la escritura, de que vsa la parte contraria, y en la que vnicamente se funda, que haze mucho mas fuerte la cõfessiõ Beltram. a l Alex. Ludou. *decis. 238. num. 15. versic. Limitatur secũdo ad fin.* Post. de manut. *obser. 97. num. 9.* ibi: *Quod huiusmodi cautela non suffragatur quan-*

Confessio resultans ex instrumento ipso, in quo aduersarius suam fundat intentionem strictius probat aduersus eum.

quando quis in scripturis productis suam fundat intentionem, Burat. *decis.* 100. *num.* 14. & 15. *lib.* 1. y inseparable la vna parte de la otra; y en todo ha de ser verdadera, ô en todo ha de ser falsa, Gramat. *consil. ciu.* 66. *n.* 34. & *à num.* 30. Idem Gaito suprâ *cap.* 2. *tit.* 5. *à num.* 903. *pa.* 56. y de igual fuerça, y calidad la excepcion que la accion, por salir de ella misma, D. Salgad. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 7. *à num.* 99. & *cap.* 13. *à n.* 46. & melius *de concur. cred.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 17.

Facit vt instrumẽtum, aut in totum sit verum, aut falsum in totum habeatur.

Exceptio, quæ ex ventre ipsius instrumenti nascitur, eiusdem fit qualitatis, & roboris, at que ipsa actio.

Con que està verificado sin que se nos pueda negar auer auido al tiempo de la fundacion del censo todos los bienes libres que en ella se refieren.

52 En lo segundo, es resolucion assentada, que basta para no quedar obligado el mayorazgo al cẽso de facultad, auer bienes libres bastantes â su satisfacion al tiempo que se trate della, ô auerlos auido al tiempo de su imposicion, y fundacion, D. Molin. *de Hispa. prim. lib.* 4. *cap.* 7. *n.* 8. in hæc verba: *Similiter etiam controuerti solet in facultatibus, quæ ad bona maioratus hypothecanda, vel obliganda, deficientibus bonis liberis conceduntur: quo tempore verificanda sit hæc conditio, tempore scilicet cõtractæ obligationis, an executionis eiusdem. In qua quæstione, quam pluries controuersam vidimus, dicendum est, quod vtroque tempore tam contractæ obligationis; quam executionis eiusdem, clausula hæc verificanda sit: adeo vt nec valeat obligatio bonorum maioratus facta à principio bonis liberis existentibus: si bona libera prius obligata non fuerint, nec etiam possit ex postfacto fieri executio in bonis maioratus, si bona libera tempore executionis extent etiam si à principio defecerint.* Prueualo tan magistralmente, que fuera culpable qualquier otra comprouacion. Repetit. *n.* 17. vers. *Cum non nisi in deffectum*, & *num.* 18. vers. *Sed his non obstantibus*, D. Salgad. *de concur. part.* 2. *cap.*

Bona libera si vel extent tempore rogationis census, vel contractus super bonis maioratus cũ facultate Regia; vel tempore executionis sufficit, vt Maioratus liber remaneat, & nihil aduersus eius bona, & successores peti possit.

cap. 5. num. 17. ibi: *Ex qua doctrina rectè inferunt Doctores, quod obligatio bonorum maioratus virtute facultatis Regiæ, sit subsidiaria, ita vt nihil operetur, nisi in subsidium bonorum allodialium deficientium, atque nisi prius excutiantur bona libera existentia tempore obligationis, vel post modum tempore exactionis, ferè omnes firmant Doctores.*

53 A lo qual no puede hazer dificultad el concurso de acreedores de Don Pedro de la Barreda, y que con su formacion se tenga por hecha la excusion para dirigir la accion contra el mayorazgo, D. Molin. *d. cap. 7. num. 30. ad fin. & seq.* porque el concurso fue, y es â los bienes de el dicho mayorazgo; y no â los libres, que se hypothecaron, y expressarõ en el dicho censo, ni tal consta, ni que se aya hecho dellos, y en qualquier parte donde estuuieren podrâ la parte contraria tener su derecho, y exercer su hypotheca. Y porque la imposicion y fundacion del censo, se contrajo, estando ya pendiente el concurso, y debajo de su riesgo, con la preuencion que le pareciô al que diô el censo, de que dentro de quatro meses se le huviessen de mostrar cartas de pago de los acreedores que faltauã de darlas, y passado el termino pudiesse executar por el censo, y sus reditos. Con que fue visto sujetarse â êl, y tomar las hypothecas con su calidad. Arg. tex. *in l. quod si domus, 28. §. 1. ff. locati, l. qui bona fide, 13. §. 6. de illo, ff. de damn. infect.* cum traditis ab Anto. Gom. *tom. 2. var. cap. 11. num. 57.* Matien. *in l. 3. tit. 16. lib. 5. reco. glos. 1. num. fin.* Azeu. ibi: *n. 4.* Morla. *in empo. tit. de locat. in princ. num. 15. vers. In primo.* latissimê Velasc. *de priuil. pau. p. 1. q. 45. per tot.* & non multum abs re, & in specie census, Auendañ. *de censib. cap. 97. num. 10. ad fin. & seq.* ibi: *Ita quod per empti s perimitur census, & noua non sunt addenda, vt quia creditor à princi-*

Exclusio habetur pro facta per cõcursum creditorum, sed non procedit in ista lite.

Concursus creditorum huius litis non fuit, nec extat aduersus bona libera D. Petri de la Barreda, sed tantum quod ipsius maioratus bona.

Mem. f. 6. n. 18.

Census, super quo lis vertitur fuit contractus pendente iam concursu creditorum ad bona maioratus, & sub illius qualitate.

ci-

cipio creationis cum eisdem fuit contentus. Y no pudo, ni puede llegar la obligacion del mayorazgo hasta saberse el fin de los dichos bienes libres, por no entenderse obligado si no es con la misma calidad.

§. 2.

Que la llamada facultad Real està ganada con notorio vicio de obrepcion, y subrepcion.

54 LA Relacion que por la dicha llamada facultad parece auerse hecho â su Magestad para su imposicion, fue: *Por quanto por parte de vos Don Pedro de la Barreda, y Figueroa, vezino de esta villa de Madrid, vos ha sido hecha relacion, que vos sois posseedor de los mayorazgos, que fundaron Pedro de la Barreda vuestro abuelo, y Doña Isabel de Figueroa, vuestra tia, y casasteis con D. Mariana de Aguirre, hija de Lorenço de Aguirre nuestro Secretario, en el nuestro Consejo de Italia de lo tocante al Reino de Sicilia. Hasta aora no se os ha entregado la dote, por no tener facultad nuestra para assegurarla, y faltaros bienes libres para poderlo hazer, por auerlos gastado en la labor de las casas principales de el dicho mayorazgo, &c.* Et infra: *Suplicandonos, que teniendo consideracion à lo referido, y para la seguridad de la dicha dote, y que tenga efecto lo tratado con el dicho Secretario, &c.* su fecha de 22. de Abril de 1621. Y de la llamada escritura de dote en 19. de Enero de 1619. cuya relacion es: *Que el dicho Secretario le ha dado, y pagado, y le dà, y paga por quenta de las legitimas de la dicha Doña Mariana de Aguirre, y proprios bienes dotales, los quatro mil ducados contenidos en la dicha facultad de suso inserta. Y confiessa auer recibido por quenta de los dos mil ducados en las quatro partidas que alli señala con sus*

Mem. f. 12. B.

car-

cartas de pago: la primera, en once de Enero de mil seiscientos, y diez: la segunda, en primero de Octubre de seiscientos y trece: la tercera, en ocho de Abril de seiscientos y catorce: la quarta, en dos de Enero de seiscientos y diez y nueue.

55 De esta combinacion de aquestos instrumentos se demuestra claramente la obrrepcion y subrepcion de la facultad, y la falsedad de la dote.

56 Lo primero, por ser cierto que no consta auer auido capitulaciones, ni promesa de semejante dote, ni otra alguna: y que antes consta no auerla auido, con toda euidencia, porque si la huuiera de cantidad destinada se expressara en la facultad, en la qual solo se pidiô en confuso, por la restitucion y paga de seis mil ducados que montaria. A cuya causa se moderò la facultad, dandosele para quatro mil ducados solos. Y en la dicha escritura de la llamada dote no se refiere â capitulaciones, ni â promesa, sino solamente a la dicha facultad, ibi: *Los quatro mil ducados conteni dos en la dicha facultad Real.* De que se conuence no auer auido dote alguna prometida, pues no es creible, ni verisimil, que no huuiessen precedido capitulaciones, y promessa della, si la huuiera, y mas entre personas de semejante calidad, y no la auiendo auido es notoria la obrrepcion, y subrrepcion de la dicha facultad, por auerse sacado cõ mendacio, y siniestra relaciõ, *cap. super litteris, cap. dilecta*, 22. *de rescript.* vbi scrib. & optimê Sahag. *in d. cap. super literis, à num.* 21. & in terminis D. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 48. & cum Carleu. *de iud. lib.* 2. *tit.* 3. *disp.* 23. *num.* 9. D. Salgad. *de concur. p.* 1. *cap.* 32. *n.* 20. & 21. Giurb. *de feudis*, §. 1. *glos.* 3. *num.* 28. versic. *Respond.* 1. iunctis adductis proximê num. seq.

Dotis alertœ. nec prœcessit promissio, nec capitulationes factæ fuerunt.

Facultas Regia cum mendatio, & falsa narratione obtenta, est nulla.

57 Lo segundo, el motiuo principal que se propuso

puso â su Mageſtad, y que vnicamente le mouiô â la concesion de la facultad fue no auersele entregado la dote hasta entonces, por no tener bienes libres con que la aſſegurar: y por las dichas cartas de pago consta, que ya muchos años antes se le auian entregado los dos mil ducados, (que hazian la mitad) pues la postrera fue como està dicho, en Enero de 619. y la facultad en Abril de 21. Y si esto se huuieſſe dicho, y expreſſado â su Mageſtad, y supiera, que solo se restauan deuiendo (segun se supone) otros dos mil, es llano, y constante, que no quisiera dar la facultad por mas cantidad, pues no era menester; y basta el que expreſſandose pudiera su Mageſtad no concederla, ô que quizâ la diera cō mayor dificultad, para que se tenga, y juzgue por obrrepticia, y subrrepticia, y por inualido, y nulo el censo fundado en su virtud, *d.cap.super litteris*, 21. *cap. significante*, 34. *de rescrip.cum simil.* Röder. Suar. *alleg.* 12.*num.*34. D. Molin. *de Hisp.primog.lib.*2.*cap.*7.*num.*14.verſ. *In primo, ad fin.* Gutierr. *lib.*2. *canonic. cap.*15. *à num.*21. Giurb. *vbi sup.* copiosê Dom. Solorz. *de Indiar.guber.lib.*2. *cap.*26. *n.*53. *cum seqq.* Mier. *de maior.p.*1.*q.*7.*num.*19. D. Valenz. *conſ.*69. *n.*98. D. Salgad. *de retent. bul.*2.*p.cap.*31.*à num.*94. Y en terminos terminantes idem Molin. *de Hisp.dict. lib.*4.*cap.*3.*num.*31. ibi: *Cum saltim ea expreſſa Princeps difficilius facultatem conceſiſſet, atque in impetratione rescripti facienda sit mentio de omnibus his, quæ Principem mouere poſſunt ad illud non concedendum, vel ad concedendum difficilius, cap. super litteris, de rescript.* plenê D. Salg. *de concurſ.p.*1.*cap.*32.*à num.*17. *& cap.*37.*num.*16.*cum seqq. & à num.*2. *& cap.*38.*à num.*49. *&* 2.*p.cap.*10.*à num.*74. *& cap.*15.*n.*10. el señor D. Iuan del Castill. *tom.*8. *de alimen. cap.*36.§.1. *num.*13.

Facultas Regia nulla est subrrepticia, & obreptitia, quando in eius narratione, siue impetratione tacetur, & supprimitur aliquid, quo expreſſa Regia Maiestas, aut prorsus non concederet, aut saltim difficilius moueretur ad concedendum.

Lo

58 Lo tercero, y consecutiuo â lo antecedente, porque la facultad se pidiô, y se concediô (sine preiudicio veritatis) por su Magestad para el dote, que no estaua entregado, y se esperaua recibir, ibi: *No se os ha entregado la dote. Para la seguridad de la dicha dote, y q̃ tenga efeto lo tratado.* Con que no pudo aprouechar para obligar al mayorazgo por lo recibido, y fue inualida, y nula para todo: porque como la facultad es tan estrecha por su naturaleza, D. Molin. *de Hisp. d. lib. 4. cap. 5. num.* 14. 30. & 38. & *à num.* 1. Mier. *de maior.* 4. *part. q.* 1. *lim.* 1. *num.* 131. & *seqq.* & *q.* 11. *num.* 24. D. Salgad. *de concurs. p.* 2. *cap.* 4. *à n.* 12. La pedida, y concedida para el acto, que se supone hazer de futuro, no le comprehende, ni puede dar validacion, si ya estuuiere hecho nec êcõtra, *ex text. in l. si iam facta,* 11. *ff. de cond.* & *demõst.* Y en terminos indiuiduales, D. Salgad. *d.* 2. *part. cap.* 10. *à num.* 184. ibi: *Hinc est quod assensus Regius præstitus ad alienationem factam rei feudalis, seu maioratus, non ad faciendam, nec èconuerso concessa facultas ad alienationem faciendam non extendatur ad iam factam: cum seqq.* vbi eleganter comprobat.

Facultas strictissimi est iuris.

Concessa ad aliquid faciendum, non comprehendit, nec validat ante eius concessionem factum.

59 Lo quarto, porque para mouer al Real animo para la concession, se significô tanto la falta, y necessidad de bienes libres, que afirmatiuamente se dixo no auerlos por tenerlos gastados en la labor de las casas. Y esta relacion fue como estâ dicho por el año de 621. Y en el de 625. se prueua tener por suyos proprios todos los que se expressan, y hypotecan en el dicho censo, y valer las cantidades en que alli se aprecian, que importan mucho mas que la de la dote, con que juntamente se prueua cõ toda precision ser claro, y patente el dolo, y mendacio para obtener la facultad, y su nulidad, ex suprâ citatis, *num.* 54. & 55. y de la obligacion, y constitucion de cen-

Obligatio; ac census cõstitutio virtute nullæ, aut subrreptitiæ facultatis facta inualida est, ac nulla.

censo hecha en su virtũd, plenê, & elegãter D. Salg. *de concurs. p. 1. d. cap. 31. n. 13. & 14.*

60 Mas no auiamos menester la obrrepcion, y subrrepcion referida, aunque tan concluyente, para la inualidacion, y nulidad de la obligacion, y constitucion del censo: porque tambien fuera inualida, y nula, aunque la facultad no fuesse nula, y viciosa: porque la causa con que se pidiô, y el final animo con que se concediô, fue precissamente para el efecto de que Doña Mariana de Aguirre tuuiera segura su dote, y no para otro alguno, ibi: *Por no tener facultad nuestra para assegurarla.* Et ibi: *Damos licencia y facultad à vos* Don *Pedro de la Barreda, y Figueroa para que obligando primeramente à la restitucion, y paga de la dicha dote.* Y luego: *Y para el efecto susodicho, y no otro alguno.* De que se haze precisso, que para el acto, ô contracto, que mirasse, y se dirigiesse â la dissipacion de la dote, y su perjuicio, y no â su seguridad, no pudo en virtud de la facultad obligarse, ni quedar obligado el mayorazgo, ni tener accion alguna contra êl, y sus posseedores, el interessado â quien se obligó: porque por la razon dicha de ser la facultad de tan estrecha naturaleza, no puede estenderse *de persona ad personam, de re ad rem, nec de tempore ad tempus, nec de casu ad casum, de vna re ad aliam, nec de vno contractu ad alium.* Sic ex D. Molin. D. Salgad. *de concurs. p. 2. d. cap. 10. n. 76.* De suerte, que auiendose dado â fauor de D. Mariana, y para la seguridad de su dote, no pudo obrar para con otra persona, ni el contrario efecto: vt prosequitur optimê D. Salgad. vbi proximê *à num. 73. cum multis seqq. & eo. lib. 2. cap. 4. à num. 12, cap. 9. n. 62. ad fin. & seq.* Antes ex iuris necessitate, es visto estar prohibido, y anulado. Quia concessum sub conditione, sub cõtraria conditione censetur adeptum:

Census impositio, seu fundatio (quamuis non ita fuisset viciosa facultas) esset prorsus inualida, & nulla.

Facultas Regia est stricti iuris, & non extenditur de persona ad personam, de re ad rem, nec de tempore ad tẽpus, nec de casu ad casum, nec de contractu ad contractum.

tum: & quia idem operatur oppositū in opposito, quod propositum in proposito: vt in terminis exornatur copiosê, *dict.cap.10.à num.45.* Luego auiendose otorgado la facultad â fauor de Doña Mariana, y para assegurar su dote, forçosamente fue nula la obligacion hecha contra este fin, y su disposicion. *Quia licentia ad alienandum sub certa forma, qualitate, aut modo* (inquit vbi proximê *n.49.*) *continet in se prohibitionem, alienandi citra formam, qualitatem, aut modū.* Y es principio assentado, quod inducta ad vnum finem non possunt operari contrarium, nec diminutionem, inducta ad augmentum. Ni se puede pensar cosa mas contraria al Real animo, y mēte de la llamada facultad (quod per se subrreptionem, & nullitatem operatur. D.Salga. *de retent.bul. p.1.cap.3.num.32.*) que querer por ella dar permission para que Doña Mariana se quedasse sin su dote, por disipacion de su marido, y obligado el mayorazgo por su engaño â la dissipacion. Vnde hæc verisimilis mens, tanquam expressa inspicienda, & attendenda est, *ex glos.fin. in l.tale, 41. ff.de pact.* & per D.Castill. *lib.4. controu. cap.12. per tot.* Ni mas conforme â derecho, y equidad, que auerla limitado, y restringido solo â la persona de Doña Mariana de Aguirre, mirando â su fauor en la seguridad de su dote, sin que se puedan valer de ella sus acreedores, ni otros estraños, ni por cession voluntaria de la misma Doña Mariana, ni en otra forma: Pues vemos que el priuilegio, que les concede la ley â las mugeres, para el mismo efecto de la seguridad de sus dotes, tampoco aprouecha â sus acreedores, ni puedē valerse dêl, ni aun sus mismos herederos, siendo estraños, por la causa de ser personal, y limitado en sus personas, y no cessible, ni transmissible â otras. *Scire debes* (dize el text. *in l.vnic. C.de priuil. dotis,*

ha-

Facultas Regia ad alienandum, vel contrahendum sub certa forma, qualitate, aut modo, continet prohibitionē alienandi, vel contrahendi contra eam.

Dotis priuilegium mulieribus à iure concessum, nec personale, nec reales, transeatur ad earum creditores, nec ad extraneos etiam hæredes.

hablando de la accion perſonal) *priuilegium dotis, quo mulieres vtuntur in actione de dote ad hæredem non transire.* De que ſe ſaca, que ni tampoco ſe puede ceder, valet enim negatiuê hoc argumentum, *Non poteſt tranſmitti, ergo nec cedi, licèt non èContra.* Barb. *in l. poſt dotem,* 41. *n.* 57. verſ. *Item, & ſecundò, ff. ſolut. matrim. pa. mihi,* 872. Fernan. Arias. de Meſa *lib.* 1. *var. cap.* 20. *num.* 15. y en la real, y prelacion de hypotheca, excluyendo della â los acreedores de la muger, egregie, tex. *in auth. vt ex actione inſtan. dot. col.* 7. *tit.* 2. *Noue.* 91. *in prin.* ibi: *Non enim alijs dedimus dudum, & damus hoc priuilegium, aut hæredibus, aut creditoribus, ſed ſolis filijs.* En cuya exornacion junta remiſsiuamente muchos D. Olea *de ceſ. acti. tit.* 6. *q.* 2. *n.* 24. y fuera dellos lo reſueluen conſtantemente Fernan. Ari. de Meſa *d. lib.* 1. *var. cap.* 21. *num.* 12. & 13. D. Ioan. de Xart. *deciſ. Sardin.* 12. *n.* 4. vbi alios plures adducit. Lo qual ſe limita en quanto â lo de ceſsion, quando ſe haze ad commodum, & vtilitatem ipſius mulieris, que entonces vale por ſer en beneficio ſuyo, vt firmant proximê adducti. Docuitque prius atque eruditê Neguſan. *de pigno.* 4. *memb.* 2. *part. num.* 107. (quem licet corrupte allegat D. Dexart. *vbi ſup.*) ex Bald. Nouel. ibi adducto, cum quo idem etiam remiſiue adeum tenet Gregor. Lopez *in l.* 33. *tit.* 13. *part.* 5. *gloſ.* 6. verb. *a ſus hijos,* copioſius ac recentius, Merlin. *de pign. lib.* 3. *tit.* 2. *quæſt.* 47. *per tot.* præcipuê *à num.* 17. (vbi tamen caute legendus eſt) & *à num.* 23. Idque ipſum tenent Gratian. *diſcep.* 143. *à n.* 43. quem cum alijs pluribus ſequitur, Baldax. *ad Gizarel. deciſ.* 1. *n.* 10. Giur. *de feu.* §. 2. *gloſ.* 10. *num.* 81. verſ. *Quare, & ſeq.* Gutier. *alleg.* 11. *à num.* 1. & antea Anton. Gomez *in l.* 53. *Taur. n.* 42. *ad fin.* verſ. *Vnum tamen, & n.* 45. De que muy â nueſtro intento dâ diſcretamente la

ra-

razon el Emperador Iustinian. *in §. fuerat institut. de actio. ad fin.* ibi: *Præferri autem alijs creditoribus in hypothecis, tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur: cuius solius prouidentia hoc induximus.* Luego auiendose dado la llamada facultad solamente para la prouidencia de D. Mariana de Aguirre, y porque tuuiera assegurada su dote, es visto con toda euidencia, que solo ella, y sus hijos, y herederos suyos pudieron, y pueden vsar de la gracia de la facultad por su vtil, y no los acreedores, que tratan de su destruccion. Ademas de ser constante que esta gracia no fue real, en contemplacion de la causa de la dote, sino personal â fauor de Doña Mariana, ex quo ad creditores, nec ad alios potuit trãsferri, vt docent vnanimiter, & constanter omnes suprâ adducti sub hac distinctione, contraria concordantes.

Con que estando esto constituido asi por derecho, se deue entender precissamente en su conformidad la facultad, D. Molin. *de Hisp. lib. 2. cap. 11. num. 11.* vers. *Tertio quia.* Et ne iuris communis dispositioni deroget. Idem *lib. 1. cap. 14. n. 19.* Mier. *de maior. p. 1. q. 60. num. 11.* Et sufficit vbicumque aliquid operata fuerit, quin ad aliud extendatur, Molin. *d. cap. 11. num. 11.* vers. *Tertio*, D. Salgad. *de concur. lib. 2. cap. 4. num. 16.*

61 De que procede no poder tener subsistencia alguna contra el mayorazgo la dicha facultad, ni alguna de las obligaciones hechas con su titulo, ni por el todo de la pretensa dote, ni por parte alguna dêl, Quia facultas (quæ ijsdem regulis regitur quibus alia rescripta gratiosa, D. Salg. *dict. cap. 37. n. 3.*) in parte falsa, & subreptitia, in totum redditur inualida, ac nulla, Alexand. Ludouis. *decis. 496. n. 4.* & ibi Addit. *num. 12.* Hermos. *in l. 4. tit. 5. gloss. 6. n. 29.*

Facultas Regia, in parte subrreptitia, ac falsa, in totum falsa, & subrreptla efficitur.

29. & in terminis Dom. Valenz. *conf.* 187. *num.* 82. *cum alijs*, Giurb. *decis.* 31. *num.* 12. & in quacumque materia, seu causa, D. Olea *de cess. act. tit.* 8. *quæst.* 1. *num.* 5. Precipuamente teniendo como aqui, clausula expressa de decreto irritante, ibi: *Y para el efecto susodicho, y no otro alguno*: Porque esta palabra: *Y no otro alguno*, equiuale â la clausula *Aliàs*, y *Non aliter, nec alio modo*, q̃ obra vt actus alio modo celebratus, perinde, ac si nec celebratus iudicetur, & adimit consensum â contractu, itavt nihil actum videatur, & habet vim resolutionis contractus ab initio, ac si numquam gestus fuisset; vti hæc, & alia plura cum Barbos. & pluribus alijs latê prosequitur Salgad. *de concursu, part.* 3. *cap.* 13. §. *vnic. num.* 109. *& seqq.* & Rot. *decis. post eius tractat.* 36. *num.* 13. vbi quod præ se fert conditionem aduersatiuam perindê, ac si dictum fuisset: *Et alitèr habeatur pro non facto*, y lo mismo obra aquella palabra: *Y para el efecto susodicho*: Porque es taxatiua, y induce nulidad de lo contrario, Idem Dom. Salg. *de retent. Bull. cap.* 17. *à n.* 17. *cum seqq.* Vbi quod dispositiones taxatiuæ appositæ dispositioni de aliquid faciendo, formam, & solemnitatẽ inducunt, itavt ipsarum transgressio vitiaret actum.

Facultas habet clausulam decreti irritantis, quæ operatur nullitatem actus gesti in contrarium.

Dictiones taxatiuè inducunt vim decreti irritantis.

No auiendo pues facultad, aunque huuiesse dote, y fuera cierta la obligacion del censo, no pudiera ser de efecto alguno contra el dicho mayorazgo, y sus posseedores.

Fun-

Fundamento Tercero.

Que aunque no fuesse assi lo referido, y suponiendo (sin perjuizio de la verdad) por valido el dicho censo, deuen ser absueltos dèl, el mayorazgo, y sus posseedores por el miedo que padeciò D. Mariana.

62 POr lo mismo de estar tratada esta materia tan docta, como copiosamente por los dos Coripheos de la jurisprudencia de nuestro tiempo Don Pedro Noguerol, y mas modernamente el señor D. Iuan de el Castillo, se auia puesto en el animo escriuir este punto con alguna extension, mas por la misma causa se retraxo el impulso con mejor acuerdo, y assi se proseguirâ con el proposito de el principio tocando solo en lo mas preciso. La conclusion de nuestro punto (dexando otras secciones de esta materia) assentada por aquellos cinquenta Autores, tan doctamente examinados por Noguerol aprouando su opinion *en la alleg.* 29. *à num.* 106. *in* 155. *inclusiuè*, y por el señor Don Iuan de el Castillo con otros muchos *tom.* 8. *de aliment. cap.* 59. (vbi per tot. adamussim, & exactissimê rem pertractat præcipuê *à num.* 33.) Es que la obligacion hecha por la muger con el marido, interueniendo con el miedo reuerencial solo, lesion enorme, es inualida, y nula, y mucho mas siendo enormissima, y concurriendo junto con el miedo reuerencial, aspereza, austeridad de el marido, y terribilidad de condicion con algunas demostraciones exteriores, aunque no lleguen â ser amenaças, y se dize enorme, ô enormissima quando la obligacion consume todo el dote de la muger, ô la mayor parte. Ita D. Castill. *dict. cap.* 59. *num.* 57. ibi: *Deinde & principaliter obseruandum, atque constituendum est, in-*

Obligatio facta ab vxore, metu reuerẽtiali simul cum enormi, aut enormissima læsione interueniente est nulla, & inualida.

Maximè concurrente etiam aspera, & terribili mariti conditione.

interpretes nostros maiori ex parte tradidisse vnum, quod in vsu forensi, & apud pragmaticos crebriùs, & quasi lege ità expressè cautum, decisumquè fuisset, practicatum, atquè seruatum est, & in tribunalibus etiam supremis definitur frequentissimè; metum scilicèt reuerencialem, cum enormi; aut enormissima læsione obligationes, & alienationes etiam iuratas rescindere; quasi eo ipso vis metus, & dolus interuenerit, & casus hic sub exceptione dict. cap. Cum contingat, dict. cap. Licèt mulieres, & dict. cap. Quamuis pactum fuisset expressum, &c. cum seqq. y despues de muy disputada, y conferida la question con la contraria, en el *num. 65. colum. 3.* sic resoluit: *In praxi tamen, vsuque forensi contrarium ita receptum est, Vt eo ipso quod maritus, aut hæres eius soluendo non sit, tempore quo dos est restituẽda, læsa mulier dicatur, & rescindere alienationem valeat, aut annullare obligationem ob enormem, aut enormissimam læsionem, quia in totum, vel in maiori parte, indotata remaneat.* Et inferiùs, ibi: *Ego autem, vt iudicium, & sententiam meam in medium proferam (quod ex dictis hactenus satis apertè deducitur, atquè deprehenditur) precisè agnoscere debeo opinionem primam relatam suprà num. 58. communiorem esse, & crebrius in vsu forensi, & apud pragmaticos receptam, & in supremis quoquè tribunalibus, sæpè seruatam; quod si cum metu reuerentiali enormis, aut enormissima læsio interueniat, mulier audiatur aduersus proprium iuramentum relaxatione illius petita; dicatur autem enormissimè læsa per alienationem, aut obligationem si in totum, vel in maiori, aut magna parte dotis indotata remaneat, nec maritus, aut hæredes eius habeant bona sufficientia ad dotis restitutionem; quamuis tempore alienationis ipsius iuratæ haberet, quod magis communitèr probatur.*

63 Bien podemos fiar â tan graue autoridad no se pondrâ duda alguna en la conclusion: ni se po-

podrâ poner en la aplicacion de nuestro caso, toda la supphuesta dote es de 4U.ducados, y el cēso la mi- de la cantidad, y se la consume toda. Y si se dixere, como está alegado por la parte contraria, que Doña Mariana tenia mas bienes, muestrelos, que â êl le incumbe, *ex leg. cum de lege, ff. de probat.* y hagase pago con ellos.

64 Mas sin embargo, dando la conclusion por assentada, nos la quieren excluir con algunas excepciones de bien poca sustancia.

La primera que el miedo no está prouado; yâ lo está con muy bastante prouança: Aduirtiendo ser- lo en esto la que lo pareciere al arbitrio del Iuez, Hermos. ex multorum relatione, *in l.56.tit.5.p.5. gloss.2.num.27.*ibi: *Et denique limita in omnibus casibus in quibus recto iudici perspectis perspiciendis iustum interfuisse metum visum fuerit; cum ferè in omnibus ex iudicis pendeat eiusquè arbitrio relinquatur quis sit iustus metus ad rescissionem actuum, seu contractuū.* Y mas abaxo ex Fontan. ait: *Sufficere, quod iudici videatur talem, ac tantam fuisse mariti authoritatem, vt æstimare posset metu cōsensum fuisse adhibitum:* lo qual prosigue con muchas consideraciones por muchos numeros, quem sequitur, & multum laudat D. Castill. *dict. cap. 59. num.* 16. Noguer. *alleg. 29. à n. 72.* Si bien aqui se ha hecho con tantos testigos, y de tal calidad, y credito que no parece pueden dexar que arbitrar. Quod ponderauit etiam Noguer. *vbi supr.* y quando no lo estuuiera importara muy poco, porque aqui no tratamos del miedo verdadero, y positiuo, que consiste en malos tratamientos executados, y amenaças de quiē las acostumbra â executar, sino de el reuerencial, prout ita distinguit D. Castill. suprâ *n.* 31. ibi: *Metus alius dicitur verus, & proprius, alius reuerentialis, & tacitus*, y este no ha me-

Mem.f.30.

Metus qualis sufficiens sit relinquitur a iudicis arbitrio.

Mem,f.35.à n.56.

Metus in isto casu extat plenè probatus.

Metus alius verus, & proprius, alius reuerentialis, & tacitus. De quo hic agitur.

Metus reuerentialis, In quacunque vxore præsumitur, maximè in nobili, & honestè qualitatis.

menester prueua, porque siempre se presume, y mas en la muger propria, y de tan noble calidad, en quien es mas proprio el respeto, y obsequio reuerēte de el marido, y està insito con el temor de Dios, por precepto de su Apostol *ad Ephes. 5. 21. Mulieres viris suis subditæ sint, sicut Domino, quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est Ecclesiæ*, y consejo del glorioso San Geronimo, *Ad Gelantiam: Seruetur in primis viro authoritas sua, totaquè à te discat domus, quantum illi honoris debeat: Tu dominum illum obsequio tuo, Tu magnum illum tua humilitate demonstra; tanto ipsa honoratior futura quantum illum amplius honoraueris. Caput enim (vt ait Apostolus) mulieris est vir.* Y sobre este miedo solo sin necessitar de mas prueua que la lesion referida, se funda la cōclusion propuesta, porque en qualquiera de otra suerte, no pudiera auer duda.

Metus plenè probatur ex clausulis insoliti, & abundantibus cautelis.

65 Pero si fuera menester mas prouança, ninguna pudiera ser mas exuberante, y concluyente, que la que descubre la suma cautela, y sutil malicia de las clausulas con que se preuino la dicha escritura, y fundacion de censo, con aquella condicion (de qua suprâ num. 21.) de que Doña Mariana la huuiesse de ratificar poniendola en libertad ante la justicia ordinaria, y las demas cauilaciones que contiene tan insolitas, y recelosas, que estàn clamando el dolo, fraude, y miedo, que es cierto se prueua solo con ellas, Farinac. *in prax. crimin. quæst. 89. n. 122.* vbi ex Tiraq. & alijs quampluribus hanc præsumptionem exornat, dicitquê inter alia, *Quod quanto plus cautelæ in contractibus adhibetur, tanto plus fraudis inesse præsumitur, & vbi abudantior est cautela, ibi euidentior est fraus, & de falsi. quæst. 153. n. 162.* Roland. *consil. 39. n. 31. lib. 1. & consil. 47. n. 57. lib. 2.* D. Valenz. Velazq. *consil. 62. n. 52. & 53.* Vbi: *Quod maior*

ior fraus præsumitur, quando constat in contrarium de eius effectu, & *cons*. 100. *n*. 87. & *cons*. 187. *n*. 114. Giurb. *cons*. 54. *n*. 48. Noguer. *alleg*. 10. *num*. 33. *cum adductis sup. n*. 20.

66 Es bastante probança dêl (miedo aun del verdadero, y proprio) y que vence al arbitrio del Iuez, el obligar, y exponer vna persona todos sus bienes, ô la mayor parte dellos, ô aquello que pretendiô adquirir, y conseruar con cuydado, y que de su voluntad, y sin miedo de algun daño, ô fuerça quisiera obligar, y exponer: porq como es en si inuerisimil, se tiene por concluyentemente probado lo contrario, que es la fuerça, y el miedo. Quia pro probato habetur id cuius contrarium non est verisimile, & quoties remittitur ius, seu id fit quod non est verisimile semper metus præsumitur. Vt pulchrê cum Surd. Honde. Mascar. & multis alijs probat in terminis terminantibus Hermo. *dict. glo*. 2. *num*. 31. Luego por esto solo está probado el miedo, no solo reuerencial, sino efectiuo, y verdadero en Doña Mariana, pues no teniendo mas dote que el de quatro mil ducados, le obliga todo â censo de la misma cantidad, sin mas causa que el desperdicio de su marido.

67 Hazese aqui mas clara esta inuerisimilitud, reparando en el cuydado, y recelo con que se anduuo (segun lo muestran los mismos instrumentos, tales quales) en entregarle el dote a Don Pedro, y en que primero sacasse facultad para assegurarsele a Doña Mariana, que era precisso lo supiesse, y ayudasse, por ser despues de tantos años de casada, y que todo se causasse de temerse le gastasse, y desperdiciasse su marido, con que de su voluntad no es creible, quisiera exponer expontaneamente, y sin causa, lo que por los medios posibles procurô asse-

Metus probatur eo ipso quod quis eius periculum facit, quod magni æstimat, & cum vigilantia acquisiuit.

gurar. Giur. *de feu.* §.2.*glo*.3.*num*.119.ibi: *Sic fraus in eo præsumitur, qui beneficium magnis sumptibus, & laboribus quæsitum sine causa resignat. Surd.cons.*382. *num*.58.*ex Paris.de resig.lib*.13.*tit*.44.*num*.11. Lo qual prueua con singularidad el texto (que no alega) *in cap. super hoc*, 5. *de renun.* ibi: *Sic tuæ experientiæ respondemus, quod nulla ratio hoc verisimile redit, vt quisquam beneficium multis fortè expensis, & laboribus acquisitum, quo sustentari debet, facilè sine magna causa sua sponte resignet.* Ex quo S.P. ibi: *Iubet inquiri non vi, nec metu, nec oppressione extortam fuisse renuntiationem.*

68 La segunda, que Doña Mariana de Aguirre no dixo, ni declarô mientras viuiô contra la dicha escritura de censo, infiriendo de aqui su aprouacion, y que oy Doña Mariana de la Barreda su hija, y possedora del dicho mayorazgo, no està en tiempo de opponer la excepcion de el miedo, y indotacion.

Sabido es, quod ea quæ sunt temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum, *l. purè*, 5. §. *fin. ff. de doli mali, & met. excep.* Que Doña Mariana de Aguirre muriô mucho antes, que Don Pedro de la Barreda su marido, y que durante su vida, ni se puede presumir en ella aprouacion del contracto, no solo por callar, sino con auer hecho exteriormente muchos, y repetidos actos, que la pudiessen inducir de voluntad: porque siempre es visto durar, y influir la misma causa, aunque passen muchos años, ex *l*. 2. *C. de eo quod met. cau.* & cum Hermo. y otros muchos, D. Casti. *dict. cap*. 59 *nu*. 46. *cum seqq.* Noguer. *dict. alleg*. 29. *à nu*. 33. *ad* 41. inclusiuè. Con que sin hazer mas caso de esta excepcion (prout & Noguer. *supr. nu*.34.) passaremos a otra.

Metus semper durare præsumitur durante vita mariti, vel qui illum intulit. Nec purgatus censetur etiam per plurium annorum taciturnitatem, & nulla facta reclamatione.

69 La tercera, que Doña Mariana de la Barreda

da no es heredera de Doña Mariana su madre, y parece auer repudiado su herencia en la respuesta a la notificacion, que se la hizo de vn pedimiento de la parte contraria por Diziembre de 653. en que dixo, *Que no es heredera de Doña Mariana de Aguirre su madre, contenida en la dicha peticion; ni acetò la herencia, ni tampoco la aceta; porque solo es posseedora de los mayorazgos de Don Pedro de la Barreda su padre.*

70 Tampoco es de mas importancia esta excepcion que la passada: porque Doña Mariana de la Barreda, es legitima heredera de su madre, en q̃ tiene por si la presumpcion como hija vnica (de que no ay controuersia) mayormente por las leyes de el Reyno: y es dificil assumpto querer hazer repudiacion de las palabras referidas, para excluirla de la herencia, y cierto, que aqui no la pudieron inducir: porque aunque se halla perplexo Mascard. *de proba. conc.* 853. *Hereditatem, à nu.* 5. *& à nu.* 8. *cum seqq.* en eligir si es mas verdadera la opinion de que no induzgan repudiacion (con que parece quedar a lo postrero) ò la contraria de que la induzgan; resuelue con la distincion, de que si semejante respuesta se diò sin deliberacion, inconsulta, y arrojadamente, sin auer precedido pedimiento, y auto de Iuez para que acetasse, ò repudiasse; y no tratádose de ello, principalmente sino de otra cosa (como en este caso en que la dicha respuesta se diò a la notificacion de vn traslado, para sacar la llamada escritura de dote) entonces sin duda no induce repudiacion.

D. Mariana de la Barreda es heredera legitima de su madre.

Hereditatis repudiatio non inducitur per verba huiusmodi: *No he acetado, ni aceto la herencia*; simpliciter, & in cōsulto, atque aliud agendo prolata.

71 Mucho mas sin duda en este caso, porque Doña Mariana de la Barreda al tiempo que se le hizo la dicha notificacion, y diò la respuesta dicha, estaua casada con Don Lorenço de Aguirre, Cauallero de el Orden de Santiago su primer marido, como es notorio, y constante de los autos: sin cuya licencia no

no pudo repudiar, y qualquier repudiaciō por muy deliberada, y solemne, fuera inualida, y nula, y como si no la huuiera hecho, por ley de nuestro Reyno 54. *Tauri*, 1. *titu*. 3. *lib*. 5. *Recop*. y despues pudo, y puede acetar, como le pareciesse, porque este derecho no se prescribe, nisi per 30. an. Ant. Gomez *to*. 2. *var. cap*. 9. *num*. 27. vbi Modern. plura cumulat.

Vxor non potest vllam hæreditatem sine consensu mariti repudiare.

Y con auer pedido la inualidacion, y nulidad de esta escritura, es visto acetar la herencia, *L. pro hærede*, *l. Gerit*, vbi plenê Bar. *ff. de acquir. hære*. Mascar. *de probat. conclu*. 47. *Additio hæreditatis*, *à nu*. 1. si bien será, y es con su beneficio de inuentario.

72 Siendo heredera Doña Mariana de la Barreda de su madre, no se le puede impedir, que oponga la inualidacion, y nulidad de la escritura, y obligacion del censo, y la excepcion de indotacion; de la misma suerte, que pudiera su madre. Nam hæc omnia in hæredem transeunt. *Text. in l. quod diximus* 16. §. 2. *Hæc actio hæredibus, cæterisque successoribus datur: quoniam rei habet persecutionem, ff. de eo. quod met. cau*. Grassis *excep*. 27. *num*. 107. Et erudita docet resolutione D. Castil. cæteros omnes adducens, *dict. cap*. 59. *à num*. 71. *cum seqq*.

Metus, & indotationis actio, & exceptio ad hæredem transit.

Esto es responder por responder, y no porque nos importe, como se verâ en la siguiente.

73 La vltima, que Doña Mariana de la Barreda no puede opponer esta excepcion, porque no siendo heredera, es allegaciō de derecho de tercero: con lo respondido a la antecedente, dexamos excluida esta, pues cessa con no tener Doña Mariana repudiada la herencia de su madre.

74 Mas es tan desualida esta vltima excepciō, que se puede creer se oppone por el abuso de negarlo todo, pesando mas que hazerse desentendido de las reglas, y principios juridicos, y de la misma de q̄

se

se induce la excepcion; porque siendo totalmente exclusiua de su accion la que se oppone por Doña Mariana, y teniendo inegable interês en ella, cessa sin duda la regla de la alegacion de derecho tercero, de cuya inteligencia, aunque es tan comun, trata con alguna particularidad, y mucha latitud Giur. *de feu.* en tres partes, sed magis fusius, & ex professo, §. 2. *glos.* 9. *à num.* 81. *usque ad fin. glo.* donde se hallarâ bien comprouada la exclusion, y limitacion referida de la dicha regla.

Exceptio de iure tertij recti opponi potest, quando est exclusiua intentionis agētis, vel qualecunque opponētis interesse vertatur,

75 Pero porque no quede escrupulo alguno sin satisfacion, se assienta por llano, que el mayorazgo en qualquier caso, que queda obligado a la deuda contrahida en virtud de facultad Real, se entiende quedarlo como fiador, docet magistraliter D. Salga. *de concur. part.* 2. *cap.* 5. *num.* 18. sub his verbis: *Deducitur etiam, quod maioratus obligatus facultate Regia, quasi indemnitatis fideiussor, & subsidiarius dici potest, qui non nisi excusis principalis debitoris bonis tenetur, sed in subsidium, quanto minus creditor consequi potest facta excusione ex bonis debitoris, & non aliter.* Lo qual comprueua con Rodrig. Noguer. los Addicionador. *ad Molin.* y con el señor Castillo.

Maioratus, quādo eius bona virtute Regiæ facultatis obligantur, habetur tanquam merus fideiussor in deffectum bonorum liberorum.

76 De este fundamento (quod verissimum, & incommutabile dicit D. Salg. *vbi proximè nu.* 19.) se induce otro para nuestro intēto, no menos incomutable, y verdadero, de que el mayorazgo, y sus possesdores, podrân alegar, y poner contra el pretenso acreedor todas las excepciones, y defensas que tuuiere, y pudiere, el principal deudor, y interessado en los bienes libres, particularmente las que fueren Reales. Expressus, & capitalis text. *in l. Exceptiones,* 7. *ff. de except.* Hypol. de Marsil. *in rub. de fideiuss. à n.* 314. Surd. *cons.* 20. *n.* 1. *& cons.* 327. *n.* 10. *&* 36. *cum alijs,*

Fideiussor potest omnes exceptiones præsertim Reales, quæ debitores principali competunt, aduersus creditorem opponere.

alijs, *lib*.3.Grat.*discept*.290.*n*.38.*discept*.799.*n*.53. *&* 54.& cum Surd.vbi sup.& alijs, *discep*.966.*n*.2. Cancer.*lib*.2.*var*.*cap*.5.*n*.199.*& seqq*. Cyriac. *controu*.546.*n*.49.*lib*.3.Guzman *de euict*.*q*.10.*n*.30.*&* 34.*cum seqq*.D.Castill.*lib*.4.*controu*.*cap*.14.*n*.38.*& seqq*.Fernan.Ari.de Mesa *lib*.2.*var*.*cap*.16.*à n*.6.*& plenè ex cap*.12.*cum quatuor seqq*.Melo *de inducijs debito*.*cap*.25.*à n*.7.*cum seqq*. Magister meus D.Valentia *lib*.1.*illust*.*tractat*.4.*cap*.9.*n*.8.D.Salg.*de concur*.*p*.2.*cap*.30.*à n*.28.D.Olea *tit*.4.*q*.3.*n*.25.*&* 26. *& tit*.6.*q*.2.*n*.20.*& q*.11.*n*.22.

Fideiussor debitoris principalis etiam ipso inuito, & renuente exceptionibus, & defensionibus vtitur.

77 En tanto grado procede la conclusion referida, q̃ aunque el deudor principal no quisiera vsar de la defensa, y excepcion, pudiera alegarla, oponerla, y valerse della cõtra su volũtad el fiador, ita ex text.*in l.fin*.*C*.*de nõ numer*.*pec*.tenent, & docent Ant.Gom.*in l*.45.*Taur*.*n*.86.Rodrig.*de annu*.*redd*.*lib*.1.*q*.17.*n*.19.quem refert, & sequitur Canc.*lib*.1.*var*.*cap*.15.*de præscript*.*n*.25.D.Ioann.de Xart.*decis*.16.*n*.3.Hermo.*in l*.9.*tit*.1.*p*.5.*glos*.1.*num*.3.*&* 4. Giurb.*de feud*.§.2.*glos*.9.*n*.92.D.Castill.*lib*.4.*contr*.*cap*.14.*n*.39.*& seq*.& cum Costa *de priuil*.*credit*.*in præfat*.*ad reg*.1.*à n*.94.D.Salg.*de concur*.*p*.1.*cap*.40.*à n*.11.*& n*.51.*& seq*.Cyriac.*d*.*controu*.546.*à num*.47.*cum seqq*. De quo est magis pulcher, quam vulgatus text.*in l*.24.*ff*.*de donat*.in hæc verba: *Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam suprà legis modum promisit, exceptio dari debet etiam inuito reo: ne si fortè reus soluendo non fuerit pecuniã fideiussor amittat*. Quæ de lege Cincia loquitur ad cuius exornationem plures conuocat eruditissimus magister meus D.D.Melch. de Valenc.*lib*.3.*illustr*.*tract*.5.*de legat*.1.*n*.3.*pag*.28.& ad cõclusionem gloss.ibi plura alia iura cum suprà citatis adducit.

78 Fuera de que en los terminos terminantes

de

de excepcion de miedo ay indiuidual, y textual determinacion *in d.l.7.ff. de excep.* §.1.ibi: *Rei autem cohærentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt: vt rei iudicatæ, doli mali, iusiurandi, Quod metus causa factum est.* Elegans text. *in l. Si cum exceptione*, 14. §.6. cuius verba: *Labeo ait si quis per metum reus sit constitutus, & fideiussorem volentem dederit, & ipse fideiussor liberatur, ff. de eo quod met. caus.* Graff. *de excep. excep.* 11.*n.* 101. Hermos. *in l.* 56. *tit.* 5. *p.* 5. *gloss.* 2.*n.* 35. & facit *in glos.* 1.*n.* 61.

Y en los mismos de miedo, y indotacion de casada por los mismos fundamentos del n. 72. sup. D. Olea *dict. tit.* 4.*q.* 3.*n.* 25. & 26.

Con que por todos los fundamentos, y medios referidos, y por cada vno dellos parece indubitable, y clara la justicia de D. Iuan. Salua in omnibus tâm dignissima censura.

Lic. Manuel Fernandez.

A D I C I O N.

DEspues de tirado ya en la Emprenta este papel, parece le tomô el susto â la parte contraria de hallarse despues de tantos años de litigio sin instrumento, que justifique su demanda, y sobre que pueda caer sentencia, *vt probauimus à num.* 5. auiendolo dissimulado hasta aora (aũque mas por afectacion, que descuido, pues aun del sueño de Homero le huuiera despereçado la voz de nuestra defensa) de que la sagacidad sin duda le ha hecho desentido, tentando si pudiesse entre las confusas olas del pielago contencioso, de quibus benê

Sylva *Nupt. lib. 6. à num. 7. cum seqq.* pudiesse mejorar su pretension de viso.

A cuya causa, tocando el vltimo termino su diligencia para la dissimulacion de tan insanable defecto, pidiô, y estâ mandado se le dê otro traslado de la escritura del llamado censo, otorgada ante Pedro de la Torre, escriuano del numero desta Villa, como el presentado en este pleito, sacado de su protocolo por Diego de Orozco, tambien escriuano del numero, segun se enuncia en el autorizado por Geronimo Sanchez de Aguilar en la forma referida, supra â num. 3. y en el mem. fol. 8. num. 25. y que se corrija con êl, y se añada por de los autos al dicho memo.

1 Pero facilmente se conuence la ociosidad de esta diligencia; porque si fuera bastante el presentado, no fuera necessario este; y no lo siendo, no se puede suplir su defecto por el nueuamente sacado, *Et sic nihil est aliud quam Hylam inclamare.*

2 Que el primero no sea bastante, ni de momẽto alguno, extat validê probatum, â num. 5. y que no se pueda suplir su defecto para corroborar el juizio por el nueuamente presentado, es indubitable, respeto de no auer auido sobre êl conocimiento de causa, ni podidole auer, por ser el pedirse, y presentarse estando el pleyto no solo cõcluso, sino visto, y escrito en derecho para votarse; de que precisamẽte resulta, que en ningun acontecimiento se deue hazer estimacion alguna del dicho traslado, ni hazer mas caso dêl para la determinacion deste pleito, que si jamás se huuiesse presentado. Tum, por ser conclusion establecida de derecho, que despues de concluso el pleyto no se pueda presentar de nueuo instrumento alguno, de que se pudiesse auer tenido noticia al principio, y que aunque de hecho se pre-

Post conclusionem in causa nullum instrumẽtum præsentari, admitti, ve potest, cuius ab initio notitia haberi potuisset.

presente, y admita su pretension, no puede tenerse en estimaciō, ni juzgarse por êl, ex ratione prædicta, & quia conclusio est renuntiatio omnibus probationibus, & productionibus actorum; & per eam est clausum os partibus; & sic post conclusum in causa partes, nihil facere possunt ad instruendam causam, docet ex pluribus Scacia *de iudic.lib.2.cap.11.quæst.2.à num. 16. cum seqq. pag.* 654. Vnde ex istis rationibus, & per text. *in cap. cum dilectus, 9. de fi.instru.* cum alijs allegatis, per Glossa ibi. verbo *Conclusum*, han conclusionem tenent idem Scac. *ibi, & cap.3. numer.* 197. *pag.* 130. Aflict. *decis.* 115. *num.* 1. & 2. Capic. *decis.* 68. *n.* 4. vbi Prosper. Petra *in eius addi. lit. C*, alias decis. adducit. Regens Tapia *decis. Ital.* 2. *nu.* 110. ibi: *Quare similes scripturæ dicuntur præsentatæ personæ, neque Iudex potest secundum illas iudicare, sed debent in actis produci, & registrari, quod fieri non potest, nisi parte citata, & dato termino ad impugnandum, &c.* Gizar. *decis.* 41. Parlad. *lib.* 2. *rer. quot. cap.* 17. Matienz. *in dialo. rela.* 3. *part. cap.* 49. *num.* 7. Vincen. de Anna. *singu.* 501. & 503. melius omnium, Sylüa *respon.* 15. *quæst.* 12. *ex n.* 11. *cum pluribus seqq.* & cum Dom. Couarr. Azeu. & alijs, Morla *in empor. tit.* 11. *de fid. instru. quæst.* 4. *per tot.* Optimê post eū, & plures alios Rodrig. *de forma. & mo. examin. proces. cap.* 8. *num.* 15. ibi præcipuê: *Postquàm vero facta est testium publicatio, & conclusum est in causa, instrumenta non possunt produci, neque etiam ex officio si producantur, potest Iudex recipere, vt colligitur ex suprà allegatis iuribus, in dic. cap. cum dilectus, & d. l.* 34. *par. Quod ita expresse docet ibi Gregorius Lopez in dict. Glossa, verbo Carta, ò instrumento. Cuius ea est ratio: Nam per conclusionem in causa inducitur renuntiatio, & conclusio allegationum, & probationum, iuxta*

ta Glossam, verbo Conclusum, in dict. cap. cum dilectas, & *docet Glossa, verbo Concluserint, in auth. de testi. §. Quia verò multi, collatione 7.* & *ita post eam audiri non debent, cum iuri suo renuntiauerint*, &c. Quem allegat, & sequitur nouissimè Fermosin. *de iudic. tom. 3. ad titu. de libell. obla. cap. fin. quæst. 4. n. 49. pag. 35.* & latius prosequitur *in dict. cap. cum dilectus, de fide instru.* idem Rodrig. *vbi sup. cap. 11. num. 15.* vbi addit Ceual. *contra com. quæst. 650.* Tū etiam, porque en especial por ley del Reyno, 1. *titul. 2. lib. 4. Recop.* està expressamente dispuesto, q̄ el actor aya de presentar los instrumentos, y escrituras con que motiuare su demanda, luego cō ella, y que no le valgan, ni se pueda hazer el juizio con ellos, si los presentare despues, sino es pro uando no auer venido antes â su noticia. Y aunque los Autores estienden la facultad de presentarlos hasta la conclusion; vna vez hecha por ningun acontecimiento, dizen se pueden, ni deuen admitir, vt probant Parla. Morl. Sylua, Rodri. & alij vbi sup. Cur. Phil. *part. 1. juizio ciuil, §. 16. Dilaciones, num. 32.* D. Olea *de ces. act. tit. 6. quæst. 9. numer. 18.* & *19.*

3 Ni importarâ dezir, que la conclusion se limita, y no procede, quando el instrumento que se presenta de nueuo despues de conclusa la causa, no es para fundarla en êl, sino para declarar, y corroborar el ya presentado; porque esto solo se entiende, y puede admitir, quando se haze para la declaracion, ô suplimiento de alguna palabra, ô clausula que estuuiesse obscura, dudosa, ô defectuosa en el primero, que entonces se puede suplir, y comprouar por el segundo; mas no quando el defecto mira a la substancia, fuerça, y validacion del instrumento primero, vt maturê resoluit Syl-

ua, *dict. respons. 15. quæst. 12. à num. 12. & num. 14.* ibi: *Secus verò quando versaretur circa mutationem, aut supplementum eorum, quæ intra tempus debitum producta sunt, nempè quia instrumenta producta erant sub obscura, quia nimis breuia, & truncata circa substantiam eorum; nam, & talis declaratio non admitteretur post causæ conclusionem.* La razõ es, porque entonces se necessita sin duda de nueuo juizio, & alia instancia opus est, respeto de no auer precedido conocimiento de causa sobre lo nueuamente presentado, y ser precisso auerle de auer por lo q̃ se pueda oponer en contrario, ad text. cum Gloss. *in l. Bebius, Marc. 30. ff. de pact. dot.* Guzm. *de euict. quæst. 11. num. 88. & 89. & à num. 83. cum seqq.* plenê Dom. Salg. *de reten. bul. 2. par. cap. 8. per to.* & signanter *à num. 22. & de concur. credit. part. 1. cap. 4. num. 14. vers. Et quia.*

Noua instantia opus est super nouiter productis.

4 Y cõtra este traslado, y su compulsa, es preciso se oyga al mayorazgo, alegando lo mismo, que contra la del primero se alegô por Don Pedro de la Barreda, de que no era verdad el auerse perdido el original, sino que estaua presentado en vn oficio de Prouincia, ni auia causa para darle, porque del mismo principal del censo, fue pacto se tomasse el que la diô mil ducados, con todo lo demas contenido en lo dicho, y alegado por Don Pedro de la Barreda, contradiziendo la dicha compulsa, mem. fol. 7. num. 19. y 21. en cuya defensa no se prosiguiô con manifiesta omission, y negligencia, que no puede perjudicar al dicho mayorazgo, Dom. Mol. *de Hisp. lib. 4. cap. 8.*

5 Fuera de que si este traslado se pide, y saca para legalizar el otorgamiento de la escritura de censo, que passô ante el dicho Pedro de la Torre, es ocioso por no ser de los redarguidos, *vt supra n.*

15. y puede muy bien ser cierto el original, y falso el traslado sacado dêl, que es el que se presentô, se redarguyô, y no se comprouô; ô para comprouar, y legalizar el poder en êl inserto, otorgado por Doña Mariana de Aguirre ante Pedro de Aguilera, y es inutil: pues aunque se sacaran otros cien traslados, no quedara legalizado, ni excluida su falsedad, vt in fortioribus terminis probauimus, *suprà num.6.& 7.* Mayormente no siendo los traslados del mismo instrumento redarguido, sino del otro en que se refiere, por el qual es infalible, que ni se prueua, ni se califica, ô legaliza el relato, y que sin su exhibicion, y presentacion no se puede juzgar por êl, *Authen. si quis in aliquo, Cod. de eden.* cũ adductis vbi supr. & latius Pareja *de instrum. edict. tit. 4. resolu. vni. num.* 42. & præter Dom. Castill. & Salga. & alios plures ibi adductos. Idem D. Castil. *lib. 4. controuers. cap. 43. num. 4. & 24. cum seqq.* & ferê per tot. Dom. Salga. *de reten. bul. 2. part. cap. 30. §. 4. à num. 17. cum seqq.* Fab. Capyc. Galeo. *lib. 1. controuer. 62. num.* 48. vbi quod procedit etiam si totus tenor insertus sit, in quo, & omnes suprâ citati conueniunt, & mille alij qui in id adduci possent, facitque quod in specie mandati traddit D. Olea *de ces. act. tit. 1. quæst. 5. num. 6.*

Instrumentum in alio relato nihil probat, nec à referente iustificatur.

Con que parece quedar excluida del todo qualquier insistencia, y consideracion que se quiera hazer en contrario con su nueua presentacion, Saluo, &c.

Lic. Manuel Fernandez.